



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO



• DIREITO PÚBLICO •

# REVISTA JURÍDICA

Volume X - Número 01

Janeiro / Dezembro - 2013





**ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO**

**DIREITO PÚBLICO:**

Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais

**DIREITO PÚBLICO:**  
REVISTA JURÍDICA DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
Rua Espírito Santo, nº 495 – Centro – 30.160.030  
Belo Horizonte – MG – Brasil  
Fone: (31) 3218-0700 - Fax: (31) 3218-0742  
<http://www.age.mg.gov.br>

---

**GOVERNADOR DO ESTADO**  
Antônio Augusto Junho Anastasia

**PRESIDENTE DO CONSELHO EDITORIAL**  
Marco Antônio Rebello Romanelli

**CONSELHO EDITORIAL**

Dr. Alberto Guimarães Andrade (MG – Advocacia-Geral do Estado)  
Pr<sup>fa</sup>. Dr<sup>a</sup>. Amanda Flávia de Oliveira (MG – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais)  
Prof. Dr. Antônio Agostinho Cardoso da Conceição Guedes (PORTUGAL - Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa)  
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito da FUMEC)  
Dr<sup>a</sup>. Cármen Lúcia Antunes Rocha (DF – Supremo Tribunal Federal)  
Dr<sup>a</sup>. Carla Amado Gomes (Portugal – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)  
Prof. Dr. Carlos Víctor Muzzi Filho (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito da FUMEC)  
Prof. David Sanchez Rubio (ESPAÑA - Universidad de Sevilla)  
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PR – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná)  
Prof. Dr. Érico Andrade (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito da FUMEC)  
Dr. Jaime Nápoles Vilela (MG – Advocacia-Geral do Estado)  
Prof. Dr. Jason Soares Albergaria Neto (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito Milton Campos)  
Prof. Dr. Jorge Miranda (Portugal – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)  
Dr. José Jairo Gomes (DF – Procuradoria-Geral da República)  
Dr<sup>a</sup>. Luísa Cristina Pinto e Netto (MG – Advocacia-Geral do Estado)  
Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Márcia Carla Ribeiro (PR - Procuradoria-Geral do Estado e Faculdade de Direito da UFPR e PUC-PR)  
Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Maria Clara da Cunha Calheiros de Carvalho (PORTUGAL – Escola de Direito - Universidade do Minho)

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Misabel Abreu Machado Derzi (MG – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais)  
Prof. Dr. Onofre Alves Batista Júnior (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais)  
Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Raquel Melo Urbano de Carvalho (MG – Advocacia-Geral do Estado)  
Dr. Roney Luiz Torres Alves da Silva (MG – Advocacia-Geral do Estado)  
Dr. Sérgio Pessoa de Paula Castro (MG – Advocacia-Geral do Estado)  
Prof. Dr. William Byrnes (EUA - Thomas Jefferson School of Law)  
Prof. Dr. Wilson Nerys Fernández (URUGUAI - Facultad de Derecho - Universidad de la República - Udelar)

**DIRETOR**

Alberto Guimarães Andrade

**COORDENADORES**

Onofre Alves Batista Júnior  
Antônio Carlos Diniz Murta  
Luísa Cristina Pinto e Netto

**COMISSÃO TÉCNICA**

Lícia Ferraz Venturi  
Julieta Dias Nascimento  
Bernardo Guimarães Loureiro  
Fernanda Christina Teixeira Maia  
Geraldo Cocolo Jr.

---

Solicita-se permuta / Pídese canje / On demande l'échange  
Si richiede lo scambio / We ask for exchange / Wir bitten um Austausch

---

Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais /  
Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. – Vol. 1, n. 1, (Jul./Dez. 2004). –  
Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 2004 - .

Anual

Formada pela fusão de: Direito Público: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Minas Gerais e Revista  
Jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual.

ISSN 1517-0748

1. Direito público - Periódico 2. Direito tributário - Periódico I. Minas Gerais - Advocacia-Geral do Estado II. Título.

---

Bibliotecária: Lícia Ferraz Venturi CRB/6-1913

© 2013 Centro de Estudos - ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

O conteúdo dos artigos doutrinários publicados nesta Revista e os conceitos emitidos são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Tiragem: 1.800 exemplares

Impresso no Brasil - Printed in Brazil

# SUMÁRIO

## APRESENTAÇÃO

<b>SAUDAÇÃO AOS NOVOS PROCURADORES DO ESTADO</b> .....	7
--	---

## 1 DOUTRINA

O PROCESSO COLETIVO E O ACESSO À JUSTIÇA SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - Antônio Gomes de Vasconcelos, Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau e Alana Lúcio de Oliveira .....	11
O PRINCÍPIO DA ISONOMIA, O PROJETO DE NOVO CPC E UMA SINGELA CONSTATAÇÃO - Leonardo Oliveira Soares .....	21
O PROJETO DO NOVO CPC E A TUTELA DE EVIDÊNCIA - Luiz Fernando Valladão Nogueira.....	29
O DIREITO TRIBUTÁRIO COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À POBREZA: A ELIMINAÇÃO DA REGRESSIVIDADE FISCAL PELA APLICAÇÃO EFETIVA DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COM RELAÇÃO AOS IMPOSTOS QUE ONERAM O CONSUMO - Luiza Oliveira Guedes .....	39
A SUSPENSÃO COMPULSÓRIA DE AÇÕES INDIVIDUAIS NA PENDÊNCIA DE AÇÕES COLETIVAS DE MESMA TEMÁTICA: INSTRUMENTO DE RACIONALIZAÇÃO E EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL - Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau e Alana Lúcio de Oliveira.....	67
A ADMINISTRAÇÃO CONTRATADA E A UTILIZAÇÃO DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - Thaísa Ferreira Amaral Gomes Espínola.....	81
DA IMPOSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA DAS ATAS DE REGISTRO DE PREÇOS NO ÂMBITO DO ESTADO DE MINAS GERAIS: COMPARATIVO À EVOLUÇÃO LEGISLATIVA FEDERAL - Thiago de Oliveira Soares .....	99
<b>2 RELATÓRIOS DE GRUPOS DE ESTUDO DE TESES JUDICIAIS</b> .....	105
<b>3 PARECERES, NOTAS JURÍDICAS E PEÇAS PROCESSUAIS</b> .....	177
<b>4 JURISPRUDÊNCIA</b> .....	239
<b>5 SÚMULAS ADMINISTRATIVAS</b> .....	299
<b>6 LEGISLAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO</b> .....	303
<b>ORIENTAÇÃO EDITORIAL</b> .....	319



# APRESENTAÇÃO

Neste ano a Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais completa dez anos, fato este de júbilo e imensa satisfação para os seus editores.

A Revista da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais é uma publicação anual e contém informações de direito público, especialmente, nas questões que têm pertinência com os estados federados. É composta de artigos, pareceres, notas jurídicas e peças processuais, desenvolvidos por Procuradores do Estado e por outros colaboradores, bem como de jurisprudência referente à administração pública estadual.

Sua primeira edição se deu após a promulgação da Emenda à Constituição Mineira nº 56, de 17 de julho de 2003, a qual extinguiu as Procuradoria-Geral do Estado e Procuradoria-Geral da Fazenda Pública Estadual, criando a Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais.

Em 1958, a primeira edição da Revista da Procuradoria-Geral do Estado recebeu o título *Direito Público*. Em 1991 passou a ser denominada *Revista da Procuradoria-Geral do Estado* e, em 1999 voltou a receber o título *Direito Público*. Desde a década de 60, de igual modo, a antiga Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual, também editou anualmente a sua revista, de conteúdo exclusivamente tributário.

Em 2004, diante da alteração legislativa e a transformação das extintas procuradorias, prosseguindo o mesmo ideal de ampla divulgação dos trabalhos jurídicos desenvolvidos por qualificado corpo de profissionais, a Advocacia-Geral do Estado passou a publicar a sua revista denominada *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*.

Por fim, completando uma década, renova-se o mesmo propósito do primeiro fascículo da Revista da AGE, ou seja, relevante fonte de consulta a estudos e discussões jurídicas que guardem pertinência com a atuação da administração pública dos Estados da Federação, renovada anualmente pelo esforço de seus muitos colaboradores.

*Alberto Guimarães Andrade*  
*Diretor da Revista Jurídica da AGE-MG.*





## **SAUDAÇÃO AOS NOVOS PROCURADORES DO ESTADO**

**DISCURSO POR OCASIÃO DA CERIMÔNIA DE POSSE DOS PROCURADORES DO ESTADO, APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO, NA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO, EM BELO HORIZONTE, AOS 21 DE FEVEREIRO DE 2013, PROFERIDO PELO PROCURADOR DANIEL CABALEIRO SALDANHA.**

EXCELENTÍSSIMO SENHOR GOVERNADOR DO ESTADO, PROFESSOR ANTÔNIO ANASTASIA,

EXCELENTÍSSIMO SENHOR ADVOGADO-GERAL DO ESTADO, DR. MARCO ANTÔNIO REBELO ROMANELLI,

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, DESEMBARGADOR JOAQUIM HERCULANO RODRIGUES,

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SEÇÃO DE MINAS GERAIS, DR. LUÍS CLÁUDIO CHAVES,

SENHORES PROCURADORES, AGORA MEUS PARES,

SENHORES:

Com alegria e júbilo nos inauguramos na carreira da Advocacia Geral do Estado. Cuida-se, em verdade, de nossa admissão a uma das mais nobres e fidalgas carreiras de Estado, encarregada constitucionalmente de defender a Administração, a Fazenda e, conseqüentemente, a Sociedade. Quis a Astúcia da História que a República viesse a se instalar entre nós. Não fosse a República e, quiçá, a esmagadora maioria de nós, senão todos, não estaria a participar conosco desta cerimônia. Explico: é elemento basilar do Governo republicano o princípio do mérito, cuja expressão mais concreta não é outra senão o concurso público. Esse inefável périplo que viemos palmilhando já há mais de um ano. O enfrentar e arrostar os exames não dá mostras apenas do preparo humano e intelectual daqueles que lograram sua aprovação, mas, ao fim e ao cabo, acaba por provar a higidez espiritual de cada um.

Enfrentar o certame do concurso permitiu a cada um de nós responder a inúmeras perguntas, mas, creio, também franqueou-nos a oportunidade de refletirmos sobre o vaticínio do dintel de Delfos: Conhece-te a ti mesmo. Já agora, quando vão se amainando a insegurança do candidato e o furor do aprovado, podemos nos reconhecer como servidores, como procuradores do Estado. Tomemos daí a dimensão da estatura de nossos cargos. Encarregados constitucionalmente de representar o Estado, assumimos, com efeito, sua própria personalidade. Acaso alguém, em sã consciência, outorgaria um mandato a quem não merece sua mais íntima confiança? Pois bem, senhores. O Estado outorgou-nos um mandato. Deposita, pois, em nós, a mais cândida e imaculada confiança.

É chegado o momento de tomar posse do cargo. Saibam que aqueles que hoje assumem este compromisso não desertarão da justiça, não tergiversarão com valores, não se apequenarão diante das objeções inopinadas. Defender o Estado é, quiçá, a mais elevada das dignidades. Estejam seguros de que aqueles que, por opção, hoje, recebem esse encargo serão aguerridos defensores da Ordem e do Estado, sem, contudo, permitir que se lhes vergue o sentimento de justiça. Bem por isso, atentos à advertência de Rui Barbosa, haverão de repudiar o epíteto de “Fazendeiros”, fazendo, antes, por merecer, o simples, conquanto sóbrio e altaneiro, título de “Advogados do Estado”.

Como sabemos, muitos procuram enxergar jaças e nódoas, onde apenas há o bem-servir, a idoneidade e a correção. Combater o bom combate, porém, é a predileção, a verdadeira profissão de fé do Procurador do Estado. Não haveremos de esmorecer. Não haveremos de desertar. Não haveremos de retroceder. Muitos estão em nossas fileiras. Estamos seguros, bem assim, que militarão em nosso auxílio os ditames da Justiça - que não se intimida e que sabe aquilatar e discernir, com ponderação e prudência, onde há o bem, o reto e o justo. Ao passo em que outros pretendem ser resolutivos, nós, antes, devemos ser combativos, porquanto nos seja interdito regatear com a Lei ou com o Direito.

A advocacia pública, senhores, no cenário de hipertrofia de determinadas instituições, é o último bastião de defesa da legitimidade democrática e da Verdade Eleitoral, porque é encarregada de defender a independência da Administração eleita. Bem por isso, é merecedora, no mais das vezes, de antipatias e prevenções. Mal não fará. Cortejar a popularidade não é nossa vocação.

A carreira da Advocacia Geral do Estado avançou bastante, mercê, sobretudo, da determinação do então Governador Aécio Neves, na gestão do outrora Advogado-Geral do Estado, Dr. Bonifácio Andrada. Determinação essa que vem sendo renovada, ampliada e engrandecida por Vossa Excelência, senhor Governador, na gestão do Advogado-Geral do Estado, Dr. Marco Antônio Romanelli. Não creiamos, contudo, que esse avanço seja fruto de qualquer predileção ou deferência especial em relação a nós, enquanto classe. É, antes, produto do reconhecimento da elevada posição estratégica de nossa função constitucional, aliada à percepção da evidente eficiência de seus quadros na tutela do Direito e na salvaguarda da Fazenda, cujos interesses não são outros, senão os interesses da Sociedade. Já não posso crer, senhor Governador, que haverá defecções, em favor de outras carreiras, não apenas pela valorização contínua que lhe devota a Administração, mas, sobretudo, pelo estima que lhe empresta a Sociedade.

Estimados Colegas! Somos chamados a meter as mãos à causa do Estado, à defesa da ordem jurídica e ao trabalho. Muito se tem dito que a advocacia pública deve defender o Estado, não o Governo. Verdade, mas verdade parcial. Defender a independência do Governo eleito, é defender a própria constituição. Não há se acanhar ou ter pruridos. Onde houver ameaça à ordem democrática, à vontade eleitoral, à independência dos poderes, aí nos bateremos.

Já caçando as velas ao discurso, é meu dever, em nome de todos, render nossas profundas homenagens a todos os que nos ampararam nesse percurso. Senhores pais, sintam-se, na pessoa de minha mãe, Josilene, reconhecidos e aplaudidos. Aos esposos, companheiros, noivos e namorados, desejo se sintam tão amados por vossos entes queridos, quanto espero se sinta Aimara. Aos amigos, que nos apoiaram e impulsionaram, nossa alegria será eternamente hipotecada à causa da amizade.

Sejamos intrépidos, sem deixar que nos pique o orgulho. Preservemos nossas almas juvenis, sem antepor o draconianismo à equidade. Envergonhem-nos menos de errar, do que de não nos emendarmos. Trabalhemos por essa que agora é nossa Casa! Trabalhemos pelo Estado! Trabalhemos por todos os Mineiros! Oxalá tenhamos forças! Que nos guiem nossos Manes! Que nos proteja Deus!

Muito Obrigado!

**DOCTRINA**



# O PROCESSO COLETIVO E O ACESSO À JUSTIÇA SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.*  
(Tempo de Travessia de Fernando Pessoa)

ANTÔNIO GOMES DE VASCONCELOS\*

TEREZA CRISTINA SORICE BARACHO THIBAU\*\*

ALANA LÚCIO DE OLIVEIRA\*\*\*

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O paradigma do Estado Democrático de Direito. 3 Processo coletivo de interesse público e o acesso à justiça no paradigma do Estado Democrático de Direito. 4 Conclusões

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea vivencia as consequências das profundas transformações que a marcaram desde reestruturação do modelo capitalista resultante na desregulamentação dos mercados financeiros que possibilitou a criação de novos produtos financeiros e multiplicaram as possibilidades de lucros puramente especulativos e, conseqüentemente, sem a necessidade de investimento e atividades produtivas (BOLTANSKI E CHIAPELLO, 2009, p. 21). Tal reestruturação foi favorecida ainda pela elevação, ao paroxismo, da internacionalização das ações políticas e macroeconômicas globais inspiradas no pensamento neoliberal hegemônico que, por sua vez, foi potencializada pela extraordinária evolução das novas tecnologias da comunicação. Tais transformações decorrentes de uma complexa interação de elementos multifacetários proporcionaram uma expansão sem precedentes do capitalismo coexistente com a da situação econômica e social de um número cada vez mais crescente de pessoas. A esse revigoramento do sistema capitalista não correspondeu, portanto, um progresso na área social.

Ao contrário, um tal estado da arte fez emergir uma relação paradoxal entre as promessas da ordem jurídico-constitucional do estado democrático de direito e a realidade

---

\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Especialista em Direito Público pela FDMM. Professor adjunto da UFMG. Juiz Titular da 5ª vara do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região.

\*\* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora associada da Universidade Federal de Minas Gerais. Vice-Diretora da Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

\*\*\* Procuradora do Estado de Minas Gerais. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho.

decorrente das transformações ditadas por forças hegemônicas neutralizadoras da função transformadora destas novas ordens jurídicas. À concomitante ampliação normativa dos direitos sociais corresponde à emergência dos conflitos de massa oriundos e da lesão massiva e sistêmica dos direitos sociais e da incapacidade do sistema judiciário de responder às demandas oriundas deste cenário. A isto se soma a persistência de cultura jurisdicional individualista calcado no paradigma do estado liberal, apesar de, uma vez mais, no plano normativo a ação coletiva detenha lugar privilegiado na nova ordem jurídica brasileira.

Sem perder de vista o amplo espectro dos elementos implicados na configuração deste contexto de ausência de efetividade dos direitos sociais e de crise da justiça, o alvo do presente artigo é analisar o processo coletivo, enquanto instrumento promotor do acesso à justiça (CAPPELLETTI, 1991) e de realização de direitos fundamentais, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Restringe-se, portanto, por questão metodológica, à perspectiva tecno-processual, reservando para estudos posteriores as indispensáveis abordagens inter e transdisciplinares para a apreensão da questão numa perspectiva mais abrangente e complexa.

A perspectiva adotada é a da tutela processual coletiva, como processo de interesse público<sup>1</sup>, à luz da teoria da instrumentalidade do processo (DINAMARCO, 1996).

A tônica do acesso à justiça envolve a compreensão dos institutos processuais sob um espectro de democracia, de participação e de afirmação de direitos fundamentais. Como tal, contrapõe-se a uma visão engessada, eminentemente privatista, isoladora e técnica da ordem processual.<sup>2</sup>

A relevância do movimento de acesso à justiça está na busca pela conformação do processo às atuais demandas sociais de celeridade e efetividade, em prol da edificação do caráter instrumental e social do processo.

Nesse contexto, em face das múltiplas formas de litigiosidade, a técnica processual preocupa-se em erguer mecanismos aptos à proteção e afirmação de interesses múltiplos, despontando a tutela processual coletiva.

O manto sobre o qual se realiza o processo coletivo é tecido sobre um ideal de sensibilidade social (DINAMARCO, 1996), uma vez que as decisões proferidas em sede de ação coletiva possuem a qualidade de imprimir reflexos a um maior número de pessoas e, assim, o potencial de soluções mais equânimes e democráticas, dirigidas às demandas de interesse público.

---

<sup>1</sup> Refere-se ao entendimento segundo o qual o processo coletivo se presta às demandas judiciais que envolvam interesses referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade, ou seja, defesa de interesses públicos primários (DIDIER JÚNIOR, 2010), bem como o fomento aos direitos fundamentais.

Vale afirmar que o termo *interesse público* é equívoco e passível de divergências conceituais. Não obstante, assenta-se que o único interesse público legítimo é aquele que coincide com os interesses da coletividade delimitados pelo paradigma normativo da ordem jurídica. Nesse sentido, o interesse público a que se refere é o interesse público primário e nunca o interesse público secundário, enquanto vontade egoística da administração pública momentaneamente instalada. Desta feita, a primazia do interesse público atualmente, a despeito de imperiosa, demanda a ponderação de valores e aplicação da proporcionalidade, a fim de fixar o interesse social prevalente. (CARVALHO, 2008).

<sup>2</sup> Dinamarco não afasta a essência técnica do processo, mas defende a instrumentalidade do processo afeta também à realidade social e política (1996). Não se descuida do entendimento contrário ao caráter instrumentalista do processo, no qual se defende o processo como um direito e como criador e regente do próprio direito, mas nunca como instrumento de realização de direitos (SILVA, 2012).

Emerge a temática do caráter de interesse público do processo coletivo, sob as premissas erigidas no Estado Democrático de Direito.

## 2 O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A maioria dos autores constitucionais, conforme revelam os estudos de direito comparado está de acordo em que o do estado democrático de direito corresponde a uma profunda alteração no paradigma do estado constitucional, de tal ordem a autorizar a referência a um estado (neo)constitucional ou mais precisamente a vários (neo) constitucionalismos (CARBONELL, 2005, p. 9).

Trata-se da superação do “estado de direito legislativo”, não sendo mais adequada a separação entre lei e justiça. Devemos, portanto, admitir que o direito contemporâneo compõe-se de regras e de princípios, ambos eivados de idêntica natureza normativa (ZAGREBELSKY, 2005, p. 109). Esta perspectiva transcende a uma concepção positivista e individualista da jurisdição, uma que esta alcança um sentido atrelado à normatividade dos princípios constitucionais de justiça e à efetividade dos direitos. Nesse sentido o processo coletivo assume posição privilegiada na ordem jurídico-processual, compreendida em conexão com o direito constitucional. José Afonso da Silva (2005) esclarece que o Estado de Direito é a forma de Estado em que são fixadas diretrizes normativas para organizar e limitar o exercício do poder. A noção de democracia, então, surge como um *qualificativo de conteúdo material*, a diretriz fundamental da atuação do poder, na medida em que abre espaço para a participação popular com ênfase nos direitos fundamentais<sup>3</sup>.

A pós-modernidade transcende a lição da democracia formal representativa, manifestada primordialmente no exercício do direito político constitucional do voto, voltando vistas a uma noção de democracia considerada sob um viés substancial. Esse qualificativo democrático é elemento legitimador do poder, então constituído juridicamente, no qual o cidadão se insere nos centros de decisão política e participa ativamente dos destinos coletivos (democracia substancial). Trata-se da chamada *legitimação democrática do poder* (SILVA, 2005) o que se coaduna com a doutrina que considera a democracia como uma dimensão indissociável do Estado de Direito, cuja eventual cisão torna o Estado de Direito um “*esqueleto de princípios e regras formais*” (CANOTILHO, 1999)<sup>4</sup>.

A democracia substancial pauta-se na afirmação dos direitos humanos, reconhecidos pela observância de valores inerentes à pessoa, indutivos das ações e das escolhas políticas e exigíveis de toda a sociedade e do próprio Estado (SOUZA NETO, 2012). O cidadão sai da posição inerte de espectador e de mero reivindicador de direitos e concretizações substanciais da democracia representativa, assumindo postura decisiva nas escolhas e na gestão públicas.

Nesse paradigma, a democracia assume um caráter ligado à efetivação de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, vinculando Estado e sociedade em prol da transformação da realidade social, compartilhando responsabilidades e esforços para o bem comum.

<sup>3</sup> Para os fins desta proposta, os direitos fundamentais variam conforme a modalidade de Estado, a ideologia e os princípios consagrados na Constituição, sendo, pois, reflexos dos direitos humanos em cada Estado. Neste sentido, a fundamentalidade é a expressão da indispensabilidade daqueles direitos para a organização social, política e econômica de uma dada sociedade, a base a ser observada nas relações intersociais (BONAVIDES, 2009).

<sup>4</sup> A despeito da cizânia entre doutrinadores e operadores do direito que vislumbram reticências entre a integração do Estado de direito e a Democracia, comunga-se da doutrina que conjuga as duas expressões enquanto dimensões qualificadoras do Estado, por todos, cita-se Canotilho, J. J. Gomes (1999).

A noção de democracia substancial coincide com a denominada “democracia deliberativa”<sup>5</sup> à qual se refere Vicente de Paulo Barreto (2006), na qual a cidadania não se restringe ao exercício do direito político, mas clama por uma participação social ativa em todo processo democrático de elaboração de leis, de gestão pública e de resolução de conflitos sociais (cidadania social e participativa).

O Estado Democrático de Direito é, portanto, um Estado no qual o poder - constituído democraticamente como resultado da soberania popular- é exercido dentro de limites juridicamente estabelecidos e que se pauta nos ditames dos direitos fundamentais, tornando o cidadão corresponsável pelos destinos da sociedade. É o mote onde as relações entre Estado e sociedade são redesenhadas na busca pela complementaridade entre a realização pessoal do indivíduo e a harmonia das relações sociais.

Entremeio as premissas de participação e de cidadania ativa, de inclusão nos centros de poder, elevando o conteúdo emancipador da democracia, incorpora-se a essencialidade da tutela processual coletiva como instrumento de transformação da realidade social e de consumação de direitos fundamentais.

### **3 O PROCESSO COLETIVO DE INTERESSE PÚBLICO E O ACESSO À JUSTIÇA NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Sob as vestes do referencial teórico elementar acaudilhado por Cappelletti (1991), o acesso à justiça é um movimento em prol da afirmação do caráter instrumental<sup>6</sup> e socializante do processo, bem como de análise crítica dos instrumentos oferecidos aos indivíduos para tornar efetiva a prestação jurisdicional. A partir da constatação de problemas concretos, o movimento de acesso à justiça permite erigir soluções favoráveis à adequação da resposta jurisdicional ofertada.

É da essência desse movimento a concepção do processo como um instrumento de realização efetiva dos direitos violados ou ameaçados de violação, um processo a serviço de metas, não apenas legais e jurisdicionais, mas também sociais e políticas (THEODORO JÚNIOR, 1999).

A temática do acesso à justiça deve ser observada tendo como esteio os paradigmas do Estado Democrático de Direito e a valorização do processo, que se mostra um imperativo da própria estrutura democrática, porquanto, inefetivo é o reconhecimento dos direitos fundamentais se desacompanhados de instrumentos que os imponham. Boaventura Santos (2008) assevera que uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os direitos passariam a “*meras declarações de conteúdo e função mistificadores*”<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Vicente de Paulo Barreto trata da democracia deliberativa em que se busca a integração entre a democracia representativa (política), caracterizada pelo Estado representativo; a democracia liberal, afeta ao exercício do poder sob o viés do liberalismo; e a demanda pela realização de direitos humanos e pela participação social ativa e responsável em que a sociedade se insere nos planos decisórios da gestão pública como um sujeito capaz de alterar a própria realidade (2006).

<sup>6</sup> A instrumentalidade do processo repousa suas raízes na tese de que o processo não é um fim em si mesmo, mas antes um instrumento de realização efetiva de direitos, não possui valor absoluto e não pode se distanciar das normas substanciais e das exigências sociais de pacificação de conflitos (DINAMARCO, 1996, p. 379).

<sup>7</sup> Nesse sentido, Antônio Gomes de Vasconcelos reconhece o esgotamento da concepção formal do princípio de democracia, no diz respeito aos mecanismos de positivação e de reconhecimento dos direitos: “Esse modelo encontra-se exaurido. Defronta-se com a crise de insuficiência do modelo de racionalidade da filosofia (epistemologia da consciência) e da ciência moderna (método científico) transposto para o direito moderno – que tende a acreditar que a mera existência dos direitos no plano normativo e de instituições encarregadas de sua operacionalização realiza a justiça, independentemente da sua efetividade”.



O direito ao acesso efetivo à justiça tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os direitos individuais e sociais. A titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação (CAPPELLETTI, 1996).

Esse arcabouço permite destacar a perspectiva da teoria da *complexidade*<sup>8</sup>, pela qual todo tema deve ser considerado a partir de uma análise complexa, não particularizada. Ora, se é assim, não se pode enfrentar a crise da jurisdição<sup>9</sup> partindo-se de uma visão minimalista e individualizada, relativizando a técnica processual. A elevação de mecanismos alternativos de solução de conflitos<sup>10</sup>, com caráter *desjudicializador*, não pode ser considerada como a panaceia de todos os males, uma vez que, o processo é essencial à afirmação da democracia no Estado de Direito e, conseqüentemente, à implementação de direitos fundamentais.

Defende-se a noção do processo focado no compromisso estatal, constitucionalmente formulado, de exercer a atividade jurisdicional (ou poder de jurisdição) com vistas à sustentação de direitos e garantias fundamentais.

O Processo deve ser acolhido como um instrumento para a realização dos fins sociais do Estado, uma ferramenta fundamental de alcance dos objetivos essenciais da sociedade, possuindo, pois, função social e construtiva. Dessa feita, seu estudo parte da premissa de que a ciência jurídica é humana, normativa, aplicada e contextualizada, associando-o aos diversos aspectos históricos, culturais, políticos e econômicos existentes no âmbito de sua aplicação, a fim de que se justifique.

Tem-se que a função social do processo, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira (2001), está no estímulo à eliminação das diferenças (*maior igualdade*) e na primazia dos interesses coletivos sobre os individuais.

Essa é a conjuntura que exalta o processo coletivo como meio de acesso à justiça, por se prestar à participação social, na medida em que tutela direitos que espraiam seus nortes para além do acervo jurídico do indivíduo singularmente considerado. A ideia fundante do processo coletivo é possibilitar a cognição judicial dos interesses metaindividuais por iniciativa de um único ente intermediário, legalmente legitimado para a tutela de direitos da coletividade, a fim de incrementar o acesso à justiça, o que remete à essência de interesse público do processo coletivo, e, conseqüentemente, de instrumento realizador de direitos fundamentais.

---

<sup>8</sup> A teoria mencionada propugna que os pressupostos da *razão dialógica* e da *complexidade*, norteadores do conhecimento e da ação (ação pública – jurisdição e administração), para os quais avançou a filosofia da linguagem e a ciência contemporâneas (que aceitou o papel do sujeito, da incerteza e da desordem na busca do conhecimento científico), são coerentes com os fundamentos e os princípios democráticos do Estado Democrático de Direito (CF/88) e com a dinâmica da sociedade contemporânea (VASCONCELOS, Antônio Gomes de. *Pressupostos filosóficos e político-constitucionais para a aplicação do princípio da democracia integral e da ética de responsabilidade na organização do trabalho e na administração da justiça: o sistema núcleos intersindicais de conciliação trabalhista: estudo de caso – a questão trabalhista regional e os resultados da instituição matricial de Patrocínio-MG (1994–2006)*.907 f. Tese de Doutorado – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, defendida em dezembro/ 2007.)

<sup>9</sup> Refere-se às mesas de debate acerca das carências da jurisdição, da cultura de damandismo e da litigiosidade em repetição, bem como da morosidade da justiça e da necessária celeridade do processo.

<sup>10</sup>Refere-se às formas alternativas de solução de conflitos e fortalecimento de mecanismos de prevenção de litígios, ao que se dá louvor.

Ricardo de Barros Leonel (2002) esclarece que o processo coletivo tem intensa dimensão política, pois o equacionamento dos conflitos a ele relativos implica em escolhas políticas, trazendo à sociedade a possibilidade de influir em decisões fundamentais do Estado através do exercício da jurisdição coletiva.

A par do exposto, a função social do processo coletivo deve ser ainda reconhecida na sua formulação enquanto meio de solução de conflitos que oportuna a realização e a defesa de direitos sociais, na medida em que a teorização dos direitos metaindividuais e sua definição legal<sup>11</sup> serve como facilitador do reconhecimento de direitos fundamentais sociais, ampliando os meios de sua dedução em juízo<sup>12</sup> (LEITE, 2001).

Esse é o entendimento que imprime caráter de interesse público ao processo coletivo, como um instrumento a favor do interesse público primário erigido pelos grupos sociais e almejado pela sociedade, cujo escopo é a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o processo coletivo, além de se consubstanciar em instrumento de tutela de direitos coletivos em sentido amplo, deve conter em seu conceito o elemento de “*litigação de interesse público*”, senão pela natureza transcendente dos direitos que visa proteger, pela potencialidade de servir à preservação da harmonia e a realização dos objetivos constitucionais da sociedade (DIDIER JÚNIOR, 2010).

Assim é que a tutela metaindividual sobrepõe-se em importância e efetividade, despontando o privilégio às decisões coletivas, visto que capazes de influir nos destinos políticos da sociedade e de se projetarem para além da relação processual definida pelas partes.

A sistematização e edificação de um processo coletivo efetivo esta absolutamente ligada à noção de democracia em uma sociedade pluricêntrica, vez que somente a manifestação de interesses coletivos é capaz de influir na perspectiva política do Estado.

Nas lições de Boaventura Santos (2008), a mobilização política e cidadã só faz sentido se houver interesse coletivo e mecanismos erigidos para sua tutela efetiva e eficiente, cuja manifestação é adequada aos nortes da ação coletiva.

#### 4 CONCLUSÕES

A noção de um Estado Democrático de Direito é a noção de interação entre as dimensões de participação social no processo de elaboração do direito e na definição e execução dos fins do Estado, sempre e absolutamente volvidos à edificação e concretização de direitos fundamentais das diversas gerações. Trata-se, pois, de paradigma construído sob a premissa da participação ativa e responsável dos cidadãos na realização do projeto social que se forjou Constitucionalmente.

Sob tal paradigma, o processo dirige suas atenções à afirmação de seu caráter instrumental e sua adequação às novas realidades sociais constatadas. Edifica-se como um sistema arquitetado sob as estruturas da socialização, do acesso à justiça e da realização de direitos fundamentais. O processo concorre para a consagração da cidadania e para a interação

---

<sup>11</sup> Artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>12</sup> Neste sentido, é bem de ver, o artigo 83, III, da LOMPU, encampa a tese defendida ao prescrever a ação civil pública trabalhista como instrumento hábil a defesa dos direitos coletivos dos trabalhadores em face do desrespeito aos direitos sociais trabalhistas constitucionalmente garantidos.

entre a realidade social e o direito material. O que impõe a formulação, reformulação, reinterpretção e revisitação de práticas, institutos, regras e princípios jurídicos em prol do alcance dessa finalidade.

O Estado Democrático de Direito é eminentemente um Estado de justiça material social, e um Estado de justiça é um Estado no qual a jurisdição se faz presente (CANOTILHO, 1999). Sendo assim, o Estado Democrático de Direito é indissociável do processo, enquanto, um mecanismo disponibilizado pelo ordenamento jurídico para a concretização de direitos. De que vale a positivação de direitos pela seara legislativa ou jurisprudencial, quando apartados mecanismos democráticos com ímpeto de impor sua efetivação.

Não se concebe uma ordem processual isolada e absorta em regras técnicas distanciada da realização da ordem constitucional que projeta a sociedade e eleva os direitos fundamentais dos membros que a compõe, à condição de direito público primário, primeiro, acima do interesse público secundário.

O grande serviço prestado pela moderna doutrina processualista, com lastro em uma noção social e instrumental do processo, foi a afirmação do comprometimento da ordem jurídica processual com valores constitucionalmente estabelecidos enquanto um patamar mínimo de cidadania e dignidade. Assim é que o processo coletivo se mostra absolutamente absorto pelo caráter instrumentalista do processo por ser conformado pela participação democrática da sociedade na jurisdição. O devido processo legal coletivo redefine os institutos processuais clássicos em favor da efetividade do processo coletivo para afirmação de seu sentido.

O processo coletivo distingue-se do processo individual, em importância, pela marca que ostenta de interesse público, uma vez que possui o potencial de estender suas decisões para um grande número de pessoas e de influir nos planos políticos da sociedade.

É a tutela coletiva processual que possui o potencial de descortinar as demandas da sociedade, dadas as conformações do devido processo legal coletivo e de transformar a realidade factual através da extensão subjetiva da coisa julgada coletiva.

Além disso, a tutela processual coletiva possui o condão de prevenir conflitos por intermédio da ação jurisdicional, já que é capaz de determinar a conduta pública em vistas de ameaça de lesão a direitos. Esse é o mais relevante sentido do processo coletivo e, em síntese, o que o configura como um processo de interesse público por essência é a possibilidade de influir nas diretrizes políticas pautadas pelos bens jurídicos tutelados por meio das ações coletivas preventivas e reparatorias.

Os males causados pela persistência do modelo liberal-individualista como paradigma ainda hegemônica que orienta a prática judiciária e o déficit de efetividade da jurisdição remetem o processo coletivo a um plano secundário, destituindo-o de sua função estratégica na realização de direitos fundamentais substanciais, na pacificação social e na realização da justiça. Ao se reconhecer sua função estratégica na realização do projeto de sociedade coerente com o estado democrático de direito inscrito na constituição federal, confere-se-lhe o status de instrumento processual de elevado interesse público, pondo em relevo seu potencial transformador da sociedade e sua aptidão para influir e inibir escolhas políticas contrárias o princípio de justiça fundante da sociedade brasileira.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARMONA, Carlos Alberto. A posição do juiz: tendências atuais. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 24, n. 96, p. 96-112, out./dez. 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 61, p. 144-160, jan./mar. 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Safe, 1988.
- CARVALHO, Acelino Rodrigues. *Substituição processual no processo coletivo: um instrumento de efetivação do Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Pillares, 2006.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: JusPodivm, 2008.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 5.ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v.4.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GAMA, Ricardo Rodrigues. *Efetividade do processo civil*. 1.ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- JAYME, Fernando Gonzaga. Obstáculos à tutela jurisdicional efetiva. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 399, p. 95-110, 2008.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista meta individual: legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr, 2001.
- LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Método, 2005.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.
- LÉPORE, Paulo Eduardo. Extensão subjetiva da coisa julgada no direito processual civil coletivo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 169, p. 9-37, mar. 2009.

MANCUSO, Rodolpho de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MANGONE, Kátia Aparecida. A garantia constitucional do contraditório e a sua aplicação no direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 182, p. 362-383, abr. 2010.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Do individual ao coletivo: os caminhos do direito processual brasileiro. *Revista de Processo*, ano. 33, n. 165, p. 231-254, nov. 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 61, p 187-200, jan./mar. 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 37, p. 140-150, jan./mar. 1985.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: *Estudos de direito processual em homenagem a José Rodrigues Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 203-220.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. *Revista Síntese de Direito e Processo Civil*, Porto Alegre, n. 11, p. 5-14, maio-jun. 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 31, p. 199-209, jul./set. 1983.

MORELLO, Augusto M. *El proceso justo: del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*. La Plata: Abeledo-Perrot Platense, 1994.

NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 184, p. 109-140, jun. 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 31, n. 137, p. 7-32, jul. 2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Jurídica*, Brasília, n. 146, p. 55-58, fev. 2003.

SALLES, Carlos Alberto. (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento da defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Boaventura Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Rosemary Cipriano da. *Direito e processo: a legitimidade do Estado Democrático de Direito através do processo*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. *Arquivos de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, n. 4, p. 17-61, 2002.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A efetividade do processo e a reforma processual*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 78, p. 85-96, abr./jun. 1995.

THEODORO JR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 6, n. 36, p. 19-37, jul./ago. 2005.

THEODORO JR, Humberto. Execução - rumos atuais do processo civil em face da busca de efetividade na prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 24, n. 93, p. 28-44, jan./mar. 1999.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 177, nov. 2009.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. *A legitimação ativa nas ações coletivas: um contributo para o estudo da substituição processual*. 2003. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de. *A jurisdição com o fator de promoção dos direitos fundamentais vista sob enfoque dos princípios razão dialógica e da complexidade*. Tese publicada no XIV Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (AMATRA III), Disponível em: <[http://www.conamat.com.br/teses/jurisdiacao\\_como.doc](http://www.conamat.com.br/teses/jurisdiacao_como.doc)>.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de. *Pressupostos filosóficos e político-constitucionais para a aplicação do princípio da democracia integral e da ética de responsabilidade na organização do trabalho e na administração da justiça: o sistema núcleos intersindicais de conciliação trabalhista estudo de caso - a questão trabalhista regional e os resultados da instituição matricial de Patrocínio-MG (1994-2006)*. 2007. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de. *A função dos conselhos tripartites dos núcleos intersindicais de conciliação trabalhista: a organização intercategorial das relações de trabalho (regulamentação, administração, prevenção e solução dos conflitos) orientada pelo princípio da subsidiariedade ativa*. 2002. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 324, out. 2004.

# O PRINCÍPIO DA ISONOMIA, O PROJETO DE NOVO CPC E UMA SINGELA CONSTATAÇÃO

LEONARDO OLIVEIRA SOARES\*

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Disciplina do tema no CPC vigente. 3 Disciplina da matéria no PLS 166/2010 e no PLC 8.046/2010. 4 Projeto de CPC e a sociedade civil: uma constatação. 5 Uma última justificativa para o exame (atual e futuro) da matéria. 6 Conclusão.

## 1 INTRODUÇÃO

No escrito<sup>1</sup> analisa-se a diferença de regramento dispensada à Fazenda Pública no Projeto de CPC (PLS 166/2010), atualmente PLC 8.046/2010 em tramitação na Câmara dos Deputados<sup>2</sup>. Mais especificamente, a compatibilidade da distinção de prazos prevista no Projeto em tela com o princípio constitucional da isonomia e, ao fim das contas, com o devido processo legal do Estado Democrático de Direito brasileiro. A rigor, o tema, em si mesmo considerado, nada traz de singular. Com efeito, eis que a diversidade de tratamento não se constitui em exclusividade do mundo do direito, pois, também nas relações interpessoais, ocioso dizer, casos similares, vez por outra, recebem atenção particularizada. Basta pensar, por exemplo, no que ocorre nas relações entre professores e alunos, ou entre pais e filhos.

Certo é, contudo, que, no direito, como, de resto, na vida, as distinções somente poderão ser admitidas caso estejam fundadas em critérios racionais e não discriminatórios. Não é menos certo, de outro lado, que nem sempre essa particularidade é considerada para levar a cabo as diferenciações.

Em síntese, e a título de desfecho da introdução, somente a partir das muitas situações da vida é que se poderá refutar ou não determinado modo particular de, por assim dizer, ver as coisas. Insista-se, no mundo jurídico não menos que no plano das relações interpessoais. Sim, pois o conjunto de regras e princípios que recebe a denominação de Direito trará sempre, em seu interior, as mesmas limitações, contradições e possibilidades de efetivação que o ser humano, ai de nós!, experimenta, diuturnamente, na busca de seu afirmar-se enquanto tal.

---

\* Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado Regional Adjunto em Ipatinga. Mestre em Direito Processual pela PUC-MG. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Professor de Teoria Geral do Processo e Processo Civil na Faculdade de Direito de Ipatinga.

<sup>1</sup>As prerrogativas processuais do Poder Público previstas no PLS 166/2010 e no PLC 8046/210 foram objeto de exame noutro estudo, para o qual se remete o leitor interessado no assunto. A atuação da Fazenda Pública em juízo no Projeto de CPC em tramitação legislativa: consagração de prerrogativas ou de privilégios ao Poder Público no Estado Democrático de Direito brasileiro? In: SILVA, José Anchieta da (Org.). O novo processo civil. São Paulo: Lex Magister, 2012.

<sup>2</sup>Resumo da tramitação em aludida Casa Legislativa pode ser lida em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

Para que a abordagem se faça de modo mais abrangente, será apresentado o modo como o CPC em vigor e aludidos Projetos Legislativos cuidam do tema. Em contrapartida ao entendimento defendido no texto, dar-se-á notícia de judicioso Projeto Substitutivo recentemente apresentado à Câmara dos Deputados, no qual o assunto recebeu disciplina diversa. A partir daí, finaliza-se o trabalho com destaque para o caráter plural das discussões atuais por que passa a aprovação do futuro CPC pátrio.

## 2 DISCIPLINA DO TEMA NO CPC VIGENTE<sup>3</sup>

Segundo o art. 188 do CPC vigente, goza o Poder Público de prazo em quádruplo para contestar (*rectius*: responder) e em dobro para recorrer. Previsão, diga-se, que alcança o Ministério Público. Ao propósito, confira-se a lição de NERY JR.<sup>4</sup>:

Poderia parecer à primeira vista que as prerrogativas processuais concedidas, por exemplo, à Fazenda Pública e ao Ministério Público (prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para responder – CPC 188) infringiriam o princípio constitucional da igualdade.

Entretanto, o que princípio constitucional quer significar é a proteção da igualdade substancial, e não a isonomia meramente formal.

Nada obstante a judiciosa ponderação ora citada, vale a pena ainda insistir na seguinte pergunta: estará a norma ora gizada de acordo com o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput* da CF/88)? Por outras palavras, terá sido recepcionada, haja vista o Estado que se buscou, e se busca, enfatize-se, implantar com a Carta Democrática de 1988? A resposta será desdobrada em duas indagações. Ou melhor, resultará do modo como se propõe equacioná-las. Eis então os questionamentos: a distinção de prazos é necessariamente incompatível com o devido processo legal? Ainda que não o seja, haverá justificativa racional para sustentar-se a diferenciação?

Quanto à primeira pergunta, não é preciso muito esforço para encontrar situações similares que recebem disciplina distinta em nosso dia a dia. Aqui, o pai oferece a um dos filhos algo que não será dado ao outro. Ali, o professor, no meio de exposição teórica, permite a aluno dedicado interrompê-lo para formular perguntas que jamais seriam respondidas, caso viessem de aluno pouco frequente.

Ora, se assim é no mundo da vida, sendo irrelevante cogitar, neste momento, da valoração que comportem tais distinções, não se pode, senão ingenuamente, supor que o conjunto de regras que disciplina a atividade estatal de dizer o direito haveria de permanecer imune à marca registrada de seu criador. Afinal, vá a obviedade, o direito é criação humana!

Talvez a mais eloquente manifestação da isonomia resida na constatação de que somos únicos, singulares. Sim, o que nos iguala é, precisamente, o fato de sermos diferentes!

Do que se acaba de dizer não se extrai que o dispositivo em foco do CPC se apresenta, necessariamente, compatível com a Constituição pátria. De fato, para tanto, deve encontrar-se critério racional e não discriminatório, justificador da diferenciação em exame.

---

<sup>3</sup> O tópico corresponde, em pequena parte, ao quanto exposto sobre o ponto (diferenciação de prazos) no trabalho citado em nota n. 01, tendo sido, entretanto, objeto de revisão e acréscimo, inclusive de notas de rodapé.

<sup>4</sup> *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 100.



Passa-se, pois, a responder ao segundo questionamento.

Ora, não é difícil (será?) sustentar que a fazenda pública zela (deve zelar) pelos interesses jurídicos da coletividade que, ao fim e ao cabo, será a destinatária das decisões proferidas no processo (*rectius*: suportará a imutabilidade do dispositivo da decisão declaratória, constitutiva ou condenatória proferida contra o Poder Público).

Com efeito, pois, no final das contas, é o patrimônio público que será alcançado, v.g., pelas condenações em decorrência de atos<sup>5</sup> ou omissões de agentes públicos em desacordo com a legalidade democrática.

Ainda na órbita patrimonial, e nada obstante tratar-se de pretensões executivas cujo exercício não será, por isso, regido pela primeira parte do disposto no art. 188 do CPC, não se pode negar que interessa à coletividade o recebimento de créditos exigidos em sede de execução fiscal. Aos menos em tese, eis que destinados a viabilizar a pronta realização das muitas obrigações constitucionais impostas ao Estado pátrio. Ou será que a má aplicação dos recursos pode ser admitida como fundamento legítimo para deixar-se de recolher aos cofres públicos tributos instituídos segundo as determinações legais e constitucionais vigentes? Ou servirá para considerar que toda e qualquer disciplina específica voltada à satisfação de cogitados créditos seja necessariamente inconstitucional?

Feita essa pequena observação, mostra-se oportuno citar a lição doutrinária de Luiz Fux<sup>6</sup>, hoje, Ministro do STF, e que presidiu a comissão encarregada de elaborar o PLS 166/2010, segundo a qual:

A finalidade da norma excepcional é a proteção do interesse público; por isso a Fazenda diferentemente do particular, vela em juízo por objetos litigiosos difusos, tornando evidente que “a prerrogativa não ofende o princípio isonômico encartado na Constituição Federal” (aspas no original).

Se assim é, vislumbra-se critério racional e não discriminatório que justifica a diferenciação de prazos. Por outras palavras, o art. 188 do CPC é compatível com o devido processo legal.

### **3 DISCIPLINA DA MATÉRIA NO PLS 166/2010 E NO PLC 8.046/2010**

O Projeto de CPC em trâmite legislativo estatui que a Fazenda Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações no processo. Eis o modo como o tema foi disciplinado no PLS 166/2010, *in verbis*:

Art. 95. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da vista pessoal dos autos, mediante carga ou remessa.

---

<sup>5</sup> Por certo, a ilicitude da conduta do agente estatal ou de quem lhe faça às vezes não se constitui em requisito necessário para ensejar a responsabilização objetiva do Estado.

<sup>6</sup> FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 337. Vide também NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. *Op. cit.*, p. 96-105. Em sentido contrário, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2, p. 216-217. SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 124.

No PLC 8.046/2010, atualmente sob apreciação da Câmara dos Deputados, o assunto recebeu tratamento similar, com a ressalva do termo *a quo* para fluência do prazo. Segue o dispositivo, *in verbis*:

Art. 106. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da vista pessoal dos autos (sem destaque no original).

Nada obstante a justificativa apresentada no item anterior (titularidade difusa dos direitos controvertidos, ao menos se considerada a posição ocupada pela Fazenda Pública no processo) seja o principal fundamento para justificar, salvo melhor juízo, a distinção de tratamento em exame, apontaram-se, noutro trabalho<sup>7</sup>, fatores secundários, mas que, nem por isso, devem ser desconsiderados na disciplina da matéria. São eles: a) as dificuldades inerentes à obtenção de informações, perante o órgão da administração envolvido, para subsidiar a elaboração da defesa e b) o número de demandas em que o Poder Público figura como parte. Ainda naquele estudo<sup>8</sup>, e sobre este último ponto, enfatizou-se que:

O fato de ter havido efetiva alteração nos quadros das Procuradorias encarregadas da representação judicial das pessoas jurídicas de direito público não afasta o ponto salientado no texto. Com efeito, pois as garantias constitucionais de acesso à justiça (art. 5º XXXV) e de obtenção de gratuidade para demandar em juízo (art. 5º, LXXIV), fizeram e fazem eclodir ações das mais diversas a fim de que a sociedade (*rectius*: seus membros), legitimamente saliente-se, exija do Poder Público gama de prestações a que cada cidadão brasileiro faz jus e que não se encontravam contempladas em textos constitucionais anteriores.

Por outro lado, não se pode deixar de gizar que, em recente estudo, ao analisar as tensões existentes entre garantias constitucionais, ilustre jurista denominou de segunda onda de relativização de cogitadas garantias a que se efetiva mediante a edição de leis contrárias ao devido processo legal.

E dentre tais atos normativos, inseriu o que prevê prazos processuais diferentes para a Fazenda Pública e o Ministério Público. Eis a passagem<sup>9</sup>:

A ideia da possibilidade jurídica de relativização de garantias constitucional-processual ou de que inexistem garantias constitucionais absolutas e que, portanto, são todas mitigáveis, no Brasil, goza de largo prestígio e obtém trânsito fácil, inclusive ensejando consciente ou inconscientemente – a possibilidade de que leis infraconstitucionais “arranhem”, sem pejo, as garantias de assento constitucional, fazendo nascer uma verdadeira segunda onda de relativização (aspas no original).

---

<sup>7</sup> SOARES, Leonardo Oliveira. O prazo prescricional das ações (pretensões) indenizatórias propostas contra o Poder Público no Estado Democrático de Direito brasileiro. *Revista de Processo*, n. 195, p. 154.

<sup>8</sup> Idem, p. 154, nota de rodapé n. 41.

<sup>9</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. A regência constitucional do processo civil brasileiro e a posição do Projeto de um novo Código de Processo Civil. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 72, p. 72-73, jul./ago. 2011. Em dois recentes trabalhos, o tema relativização, no caso, da garantia constitucional da coisa julgada, foi objeto de nossa análise. Toma-se, pois, a liberdade de remeter o leitor interessado aos estudos: A denominada coisa julgada inconstitucional e o processo civil de resultados no Estado Democrático de Direito brasileiro. *Primeiros escritos de direito processual: faz escuro mas eu canto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013 e Novas considerações sobre a proposta extrassistêmica de flexibilização da coisa julgada no Estado Democrático de Direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 415, jan./jun. 2012.

Decerto não se vai aqui examinar um a um os dispositivos relacionados à atuação da Fazenda Pública e do Ministério Público no processo. Sem embargo à autoridade do autor cuja judiciosa lição acaba de ser apresentada, com apoio nas razões elencadas nos tópicos 2 e 3 do presente trabalho, chega-se, contudo, à conclusão de que o Projeto de CPC em exame não viola, no particular<sup>10</sup>, o mandamento constitucional da isonomia.

#### **4 PROJETO DE CPC E SOCIEDADE CIVIL: UMA CONSTATAÇÃO**

Em notícia publicada no sítio eletrônico do renomado Instituto Brasileiro de Direito Processual<sup>11</sup>, colhe-se informação de que terceiro Projeto de CPC foi recentemente apresentado à Câmara dos Deputados.

O primeiro ponto que merece destaque e aplausos consiste na iniciativa, pois as muitas teorias desenvolvidas pelos eminentes juristas<sup>12</sup> elaboradores do Substitutivo ora citado decerto melhor aproveitarão ao homem comum a partir da aplicação concreta nos casos levados à apreciação do Poder Judiciário.

Sob essa perspectiva, nada mais salutar de que o oferecimento à sociedade de Texto de Lei cuja base axiológica corresponde, sem sombra de dúvidas, ao instituto devido processo legal, cláusula pétrea do Estado Democrático de Direito brasileiro. Estado, vale salientar, que apresenta como fundamento primeiro o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a reclamar tempestiva e adequada proteção na via jurisdicional (art. 5º LXXVIII da CF/88).

Fica, assim, o sincero reconhecimento. E para que não se tenham dúvidas do propósito do presente escrito, transcreve-se o término da exposição de motivos do Projeto em tela, no qual há exposto convite ao debate, assim formulado:

Com essas breves considerações, aguardamos de todos, inclusive e em especial dos demais membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual, as inafastáveis críticas e comentários à iniciativa ora apresentada. É dela e deles, somando o que o devido processo legislativo já forneceu, desde a iniciativa da Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto, e fornecerá perante a Câmara dos Deputados, que teremos, todos, um melhor Código de Processo Civil.

Pois bem. Quanto ao tema, para o que interessa ao artigo, destaca-se que o Projeto em questão elimina a disciplina diversa para o atuar da Fazenda Pública em juízo, ao fundamento de que a diferenciação se mostra incompatível com a efetividade do direito material e com a desejada eficiência administrativa. Seguem as razões apresentadas para tanto:

Propomos a eliminação de todas as prerrogativas da Fazenda Pública, inclusive a diferenciação de prazos e do reexame necessário. Parece-nos, sempre com o

---

<sup>10</sup> Para análise crítica do Projeto, vide judicioso estudo de BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Comentários ao Projeto de novo Código de Processo Civil aprovado no Senado Federal. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 17, p. 23-47, 2011.

<sup>11</sup> Disponível em: <<http://direitoprocessual.org.br/content/view/141>>. Acesso em: 27 maio 2012.

<sup>12</sup> A saber, Ada Pellegrini Grinover (Presidente de Honra do Instituto Brasileiro de Direito Processual); Carlos Alberto Carmona (Secretário-Geral do Instituto Brasileiro de Direito Processual); Cassio Scarpinella Bueno (Diretor de Relações Institucionais do Instituto Brasileiro de Direito Processual) e Paulo Henrique dos Santos Lucon (Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual).

respeito ao entendimento contrário<sup>13</sup>, que aquelas normas diferenciadas não se sustentam mais, inclusive quando analisada a questão na perspectiva do direito material e do “princípio da eficiência”, que deve reger toda a atividade administrativa (aspas no original)<sup>14</sup>.

Não se espere, porém, uma crítica, por pequena que seja, ao respeitável posicionamento aqui apresentado. Até porque as linhas redigidas anteriormente serviram para que o ora subscritor abordasse, sob outra ótica, é verdade, o assunto.

Bem, não será apresentada nenhuma sorte de objeção em vista de motivo singular, a saber: o trabalho, já em seu encerramento, visa a tornar explícita uma constatação, qual seja, o Estado pátrio atual não é mais e tão somente o vilão autoritário responsável pelas mazelas que (infelizmente) ainda afligem sociedade tão desigual como a brasileira.

De fato, pois, do contrário, discussões como a que fora proposta pelos destacados juristas, autores do Projeto em comento - as quais, salientem-se, permanecem em aberto<sup>15</sup> - seriam, para usar de expressão mais ao gosto popular, pura e simplesmente “remetidas para debaixo do tapete”. Vem a calhar a passagem lançada na epígrafe<sup>16</sup>, eis que, de fato, “no Estado Democrático de Direito, nem de longe a comunidade jurídica se caracteriza pela e na uniformidade de pensamento. Bem ao contrário, é a livre circulação de teses diversas a medida certa do grau de desenvolvimento dessa comunidade.”

Com esse registro, busca-se também retificar, quando nada amenizar, objeção que se apresentou, em obra especializada,<sup>17</sup> à legitimidade mesma da mudança que se pretende empreender no ordenamento pátrio. Na oportunidade, afirmou-se, linhas gerais, que a brevidade com que o PLS 166/2010 fora votado no Senado, aliada ao fato de as audiências públicas que antecederam a apresentação do Texto de Lei ao Congresso haverem sido realizadas sem que a comunidade jurídica tivesse conhecimento do conteúdo do Projeto Legislativo poderia acarretar um, por assim dizer, déficit de legitimidade democrática à iniciativa.

Salvo melhor juízo, as inúmeras audiências realizadas pela Câmara dos Deputados<sup>18</sup> para debater o Projeto, enfim de conhecimento público, somadas à entrega, naquela Casa Legislativa, de Substitutivo de autoria de renomados membros de Instituição

---

<sup>13</sup> Salienta-se que um dos ilustres autores do Substitutivo já deixara registrado, em obra doutrinária, que “o tema, contudo, é dos mais polêmicos.” BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, p. 124.

<sup>14</sup> Nenhuma dúvida, apressa-se em dizer, quanto à obrigatoriedade de a Administração Pública encontrar-se adstrita ao princípio constitucional da eficiência. De igual modo, o serviço público de prestação de justiça. A rigor, independentemente da inserção de aludido princípio no Texto Constitucional, pode mesmo ser dito que, desde quando franqueado o acesso ilimitado aos Tribunais (art. 5º, XXXV da CF/88) e proibida a autotutela, obrigou-se o Estado pátrio a resolver de modo útil - eficiente - os conflitos na esfera jurisdicional.

<sup>15</sup> Confirma isso, recentíssima publicação, na qual se lê que os prazos diferenciados atentam contra o princípio constitucional de duração razoável do processo. MEIRELES, Edilton. Duração razoável do processo e os prazos processuais no Projeto de Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 207, p. 200-205, maio 2012.

<sup>16</sup> SOARES, Leonardo Oliveira. O requerimento de suspensão de eficácia de liminar como desdobramento do direito fundamental do réu à tutela jurisdicional adequada. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 86, p. 65-73, maio. 2010.

<sup>17</sup> A atuação da Fazenda Pública em juízo no Projeto de CPC em tramitação legislativa: consagração de prerrogativas ou de privilégios ao Poder Público no Estado Democrático de Direito brasileiro? In: SILVA, José Anchieta da (Org.). *O novo processo civil*. São Paulo: Lex Magister, 2012.

<sup>18</sup> As atividades de divulgação e debates sobre o Projeto, empreendidas naquela casa Legislativa encontram-se listadas no sítio eletrônico disponível em:

<[http://www.direitoprocessual.org.br/fileManager/Viagens\\_do\\_CPC.pdf](http://www.direitoprocessual.org.br/fileManager/Viagens_do_CPC.pdf)>. Acesso em: 27 maio 2012). De igual modo, merece a louvável iniciativa o reconhecimento da comunidade acadêmica não menos que da sociedade civil como um todo.

representativa da sociedade civil, fazem com que a crítica supracitada seja recebida, quando nada, com reservas.

Não é de desprezar-se, pois, o momento histórico ora vivenciado e que, oxalá, haverá de persistir e robustecer-se.

## **5 UMA ÚLTIMA JUSTIFICATIVA PARA O EXAME (ATUAL E FUTURO) DA MATÉRIA**

O PLC 8.046/2010 encontra-se em fase adiantada de votação na Câmara dos Deputados<sup>19</sup>. Daí poder-se-ia supor que sua eventual aprovação em referida Casa Legislativa, seja nos moldes em que redigido o Projeto de Lei em foco, seja nos termos do judicioso Substitutivo destacado no item anterior, acabará por tornar de pouca ou de nenhuma utilidade o escrito já em seu término.

Digo-lhe, então, exigente leitor, que independentemente da aprovação e do modo como o tema ora objeto de análise venha ser disciplinado no futuro CPC, nunca será demais discutir os limites e as múltiplas possibilidades de concretização do princípio da isonomia em país ainda tão repleto de distorções. Debate, quase desnecessário dizer, atinente à esfera processual, tanto quanto à do direito material. E que, por certo, não se esgota nas duas possibilidades acima consideradas. Vai já a conclusão.

## **6 CONCLUSÃO**

A diferença de tratamento dispensada a determinadas situações similares não se constitui em exclusividade do mundo do direito. Muito menos, dá ensejo, por si só, a discriminações infundadas.

Assim, diante da titularidade difusa dos direitos discutidos no processo, afigura-se justificada a diferença de prazos relacionados à atuação da Fazenda Pública em juízo.

Decididamente, caro leitor, o conjunto de regras e princípios a que se dá o nome de Direito - criação do gênio humano - levará sempre consigo a marca registrada de seu criador.

Carecerá, contudo, de legitimidade democrática e, pois, configurará manifesto desrespeito ao mandamento constitucional da igualdade toda e qualquer disciplina jurídica particularizada, fundada em critério discriminatório não justificável racionalmente. Pouco importando, neste caso, a quem aproveitará a transgressão em tela.

## **REFERÊNCIAS**

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Comentários ao Projeto de novo Código de Processo Civil aprovado no Senado Federal. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 17, p. 23-47, 2011.

---

<sup>19</sup> Da consolidação legislativa disponibilizada ao tempo em que se finaliza o escrito extrai-se que a diferença de prazos foi mantida no Projeto de CPC (art. 184), após os debates na Câmara dos Deputados Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/fileManager/versofinalCPC.pdf>> Acesso em: 28 maio 2013.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS. Disponível em:  
<<http://direitoprocessual.org.br/content/view/141>>. Acesso em: 27 maio 2012.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 337.

MEIRELES, Edilton. Duração razoável do processo e os prazos processuais no Projeto de Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 207, p. 200-205, maio 2012.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PORTO, Sérgio Gilberto. A regência constitucional do processo civil brasileiro e a posição do Projeto de um novo Código de Processo Civil. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 72, jul./ago. 2011.

SOARES, Leonardo Oliveira. A atuação da Fazenda Pública em juízo no projeto de CPC em tramitação legislativa: consagração de prerrogativas ou de privilégios ao Poder Público no Estado Democrático de Direito brasileiro? In: SILVA, José Anchieta da (Org.). *O novo processo civil*. São Paulo: Lex Magister, 2012.

SOARES, Leonardo Oliveira. A denominada coisa julgada inconstitucional e o processo civil de resultados no Estado Democrático de Direito brasileiro. In: *Primeiros escritos de direito processual: faz escuro mas eu canto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SOARES, Leonardo Oliveira. Novas considerações sobre a proposta extrassistêmica de flexibilização da coisa julgada no Estado Democrático de Direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 415, jan./jun. 2012.

SOARES, Leonardo Oliveira. O prazo prescricional das ações (pretensões) indenizatórias propostas contra o Poder Público no Estado Democrático de Direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 195, maio 2011.

SOARES, Leonardo Oliveira. O requerimento de suspensão de eficácia de liminar como desdobramento do direito fundamental do réu à tutela jurisdicional adequada. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 86, maio 2010.

## PROJETO DO NOVO CPC E A TUTELA DE EVIDÊNCIA

LUIZ FERNANDO VALLADÃO NOGUEIRA\*

### SUMÁRIO

1 O sistema atual – Cautelares e tutelas antecipadas – A caminhada rumo à efetividade. 2 A proposta do Projeto do CPC – Nova divisão – Medidas de urgência: tutela de urgência e tutela de evidência. 3 Ainda a proposta e as hipóteses específicas para a concessão da tutela de evidência. 4 Conclusão.

#### **1 O SISTEMA ATUAL – CAUTELARES E TUTELAS ANTECIPADAS – A CAMINHADA RUMO À EFETIVIDADE**

A efetividade das decisões judiciais sempre foi uma preocupação a atormentar aqueles que estudam o Direito. E, quando se fala em efetividade, vêm à tona as medidas de urgência!

Com efeito, o Código de Processo Civil, antes mesmo das várias reformas que lhe foram impostas e da própria Constituição Federal de 1988, já estabelecia a possibilidade de obtenção imediata e satisfativa do bem de vida perseguido, em sede de liminar, em alguns procedimentos especiais. Assim é que, por exemplo, o Código admitia a proteção possessória, com evidente caráter satisfativo, já no início do trâmite do processo respectivo (art. 928, CPC). De igual forma, a lei que regulava o processo de mandado de segurança (Lei nº 1.533/51), em seu artigo 7º, previa a hipótese da concessão da ordem, já em caráter liminar.

As medidas cautelares, cujo objetivo é apenas o de assegurar o resultado prático do processo, também já estavam previstas nos arts. 796 e seguintes do Código de Processo Civil.

Portanto, pode-se afirmar que, antes da Carta Constitucional de 1988, já existiam dispositivos que objetivavam a maior efetividade do processo. Em outras palavras, a busca do processo “justo”.

Aliás, já se percebia a nítida distinção entre as tutelas cautelares e as tutelas antecipadas. As primeiras, previstas nos aludidos arts. 796 e seguintes do Código Processual objetivavam garantir o resultado prático do processo e não eram satisfativas (o bem de vida perseguido não era alcançado, de imediato). Já as tutelas antecipadas, embora ainda não previstas expressamente no Código àquela época, aconteciam, na prática, por intermédio das liminares em procedimentos especiais, sendo que, nestes casos, havia a plena satisfação com a obtenção do bem de vida.

---

\* Procurador do Município de Belo Horizonte. Professor da Pós Graduação de Direito de Família da Faculdade Arnaldo. Professor na Pós-graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Professor de Processo Civil do Instituto de Educação Continuada (IEC) da PUC MINAS. Professor de Processo Civil e Direito Civil do Curso de Direito da FEAD.

Eis que, com a Constituição de 1988, houve a previsão de que seriam assegurados a “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, inc. LXXVIII). Mais ainda, houve a previsão de garantia de apreciação pelo Poder Judiciário de “lesão”, inclusive quando ocorrer “ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CF).

No plano infraconstitucional, notadamente no que toca às tutelas de urgência, houve avanços que se mostravam atentos aos ditames constitucionais.

De fato, com a Lei nº 8.952/94 houve a instituição da tutela antecipada, pela qual se generalizou quanto à possibilidade de a medida de urgência ser satisfativa. Vale dizer que, desde que houvesse, além do perigo de dano ou abuso no direito de defesa, “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação” (art. 273, CPC), já poderia o magistrado “antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”.

Na linha do que já admitia o chamado Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90 – art. 84, § 3º), a referida Lei nº 8952/94 inseriu no Código de Processo Civil a antecipação da tutela para os casos de obrigações de fazer ou não fazer (art. 461, § 3º). Em seguida, e por intermédio da Lei nº 10.444/02, estendeu-se a mesma medida para as ações que tivessem por objeto a “entrega de coisa” (art. 461-A e § 3º, CPC).

Disto tudo sobressai que ainda subsiste, na atualidade, uma divisão nas medidas de urgência: tutela antecipada e cautelar, sendo que a primeira tem caráter satisfativo e a segunda visa garantir o resultado prático do processo.

Acontece que os requisitos à concessão das referidas medidas são diferentes, até mesmo porque o alcance da tutela antecipada é mais amplo e eficaz do que o da cautelar.

Sim, para a tutela antecipada é de rigor que haja “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação” (art. 273, CPC), requisitos estes que exigem uma quase certeza de que o pretendente tem razão em seu pleito e será vitorioso ao final. Já para a cautelar, há um rigor menor, na medida em que basta à sua concessão a relevância da fundamentação e o perigo de dano.

De maneira objetiva, lembra Antônio Carlos Marcato<sup>1</sup>, ao se referir à tutela antecipada, que “predomina o entendimento de que não se trata de cautelar, pois não se limita a conservar situações para assegurar a efetividade do resultado final, mas implica antecipação do próprio resultado”.

Fredie Didier, Paula Sarno, Rafael Oliveira<sup>2</sup> evidenciam a distinção entre a cautelar e a tutela antecipada:

“Sob essa perspectiva, somente a tutela antecipada pode ser satisfativa e atributiva, quando antecipa provisoriamente a satisfação de uma pretensão cognitiva e/ou executiva, atribuindo bem da vida. Já a tutela cautelar é sempre não-satisfativa e conservativa, pois se limita a assegurar a futura satisfação de uma pretensão cognitiva ou executiva, conservando bem da vida, embora possa ser tutelada antecipadamente.”

Conforme entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil interpretado*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>2</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4.ed. rev., ampl. e atual Salvador: JusPodivm, 2009. v.2.



“(…) Distinguem-se, todavia, pelo caráter satisfativo de uma, inexistente na outra. As medidas cautelares exerceriam em nosso sistema apenas a função de assegurar a utilidade do pronunciamento futuro, mas não antecipar seus efeitos materiais, ou seja, aqueles pretendidos pela parte no plano substancial. A diferença fundamental entre ambas residiria, pois, nesse aspecto provisoriamente satisfativo do próprio direito material cuja tutela é pleiteada de forma definitiva, ausente na cautelar e inerente na antecipação.”

O que acontece é que essa dualidade de medidas de urgência, com requisitos e procedimentos distintos, estava a causar embaraços na prestação jurisdicional. É que os requerimentos feitos erroneamente ocasionavam o indeferimento das pretensões, em vista de inadequação formal.

A fim de superar tal obstáculo formal, a Lei 10.444/02 cuidou de trazer o §7º ao art. 273 CPC, o qual consubstanciou a chamada fungibilidade das medidas de urgência. Em outras palavras, o requerimento que desconsiderasse a dicotomia entre cautelar e tutela de urgência poderia, ainda assim, ser aproveitado, em homenagem à efetividade do processo.

Com efeito, “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental ao processo ajuizada” (§7º art. 273 CPC).

Trata-se, aí, de um grande avanço na efetividade, pois, ao permitir que a cautelar seja deferida, incidentalmente, no próprio processo principal, o legislador acenou com a possibilidade de haver uma desburocratização com a eliminação do processo cautelar autônomo.

Para Luiz Rodrigues Wambier<sup>4</sup>,

[...]

“Assim, em casos urgentes, o juiz não pode deixar de conceder a medida simplesmente por reputar que ela não foi requerida pela via que considera cabível. Nessa hipótese, se presentes os requisitos, o juiz tem o dever de conceder a tutela urgente pretendida e, se for o caso, mandar a parte posteriormente adaptar ou corrigir a medida proposta. O texto do artigo 273 do parágrafo 7º deixa claro a antes mencionada fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar. Diversamente do que pode parecer com uma leitura rápida, a providência de natureza cautelar pode ser postulada ainda que não tenha expressado pleito de antecipação de tutela. Pode ocorrer de o autor não ter pedido antecipação de tutela (até mesmo por eventualmente não lhe interessar tal antecipação), mas ter pedido providência de natureza diversa do provimento final almejado, com os requisitos suficientes para a concessão de medida cautelar. Nessa hipótese, a norma autoriza o pedido (cautelar) em processo de conhecimento. Por outro lado, e embora a regra não o diga expressamente, as razões antes expostas evidenciam que fungibilidade também haverá de ser reconhecida no sentido oposto – ou seja, poderá haver deferimento de tutela antecipada requerida sob a forma de “medida cautelar”.

Já para Antônio Cláudio da Costa Machado<sup>5</sup>,

“Contrariamente ao posicionamento corrente da doutrina que vem vislumbrando com presente dispositivo apenas a fungibilidade do pedido de tutela antecipada, ousamos divergir para afirmar que este §7º significa muito mais que isso, posto que a ideia de Fungibilidade pressupõe o equívoco da parte ao solicitar providência

<sup>3</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgências (tentativa de sistematização). 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

<sup>4</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 7.ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>5</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Manole, 2006.

antecipatória em vez da natureza cautelar, quando, na verdade, o que o texto sob enfoque permite é que, a partir de agora, se peça naturalmente providência cautelar da mesma forma como se pede antecipação da tutela, vale dizer, independentemente de propositura da ação cautela incidental(...). O que queremos salientar é que a parte não precisa errar na qualificação jurídica da providência para que o juiz possa conceder-lhe o provimento acautelatório – se a postulação inadequada ocorrer, sem nenhum problema o juiz poderá compreendê-la, à luz da necessidade real da parte, e conceder a cautela, tendo em conta a fungibilidade -, pelo contrário, pode deliberada e conscientemente requerer por essa nova forma de tutela cautelar incidental. Para que se alcance toda a potência normativa que este novo §7º proporciona, destarte, basta que se interprete a locução “a título” como “na forma” e aí teremos um resultado exegético verdadeiramente significativo para o processo civil. Atente-se, por derradeiro, para o fato de que essa nova regulamentação introduzida no artigo 273 não representa o desaparecimento do processo cautelar, porquanto as cautelares antecedentes (chamadas preparatórias) permanecem intactas no sistema (art. 796, do CPC), e nem mesmo a morte do processo cautelar incidental, na medida em que o art. 796 referido não foi alterado pela Lei nº 10.444/2002 (e ele fala de procedimento cautelar [...] no curso do processo principal”), de sorte que apenas quando o juiz verifique que o requerimento de cautela (art. 273, §7º) se encontra bem instruído, não depende de prova oral e não vai gerar tumulto nos autos do processo cognitivo, então, o órgão jurisdicional concede a providência solicitada; caso contrário, o magistrado determina ao requerente que postule a medida acautelatória em sede própria, ajuizando ação cautelar incidental, o que permitirá a ampla discussão de matéria fática e jurídica sem comprometer o andamento do processo principal”.

A jurisprudência assimilou este avanço, permitindo a concessão da tutela de urgência, independente do rótulo dado pela parte, desde que observados os requisitos legais. Vale conferir o seguinte exemplo:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. LIMINAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. TUTELAS DE URGÊNCIA. FUNGIBILIDADE ADMITIDA. REFORMA. O princípio da fungibilidade, consagrado no art. 273, §7º, do CPC, torna possível a concessão de uma medida de urgência no lugar da outra, em atenção à celeridade e economia processual.”<sup>6</sup>

Enfim, no sistema atual, encontramos esta divisão legal entre as tutelas de urgência (cautelares e tutelas antecipadas), havendo, contudo, a admissão de que haja o atendimento do pleito da parte, independente da nomenclatura adotada no requerimento (fungibilidade). E, mais ainda, o procedimento adotado é irrelevante (incidental ou por processo cautelar separado), eis que importa, isto sim, o preenchimento dos requisitos legais à obtenção da proteção judicial.

## **2 A PROPOSTA DO PROJETO DO CPC – NOVA DIVISÃO – MEDIDAS DE URGÊNCIA: TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DE EVIDÊNCIA**

O projeto do novo Código de Processo Civil, como é notório, está em trâmite no Congresso Nacional, sendo que já foi aprovado pelo Senado Federal.

Desta feita, a proposta é no sentido de eliminar o “processo cautelar”, ao qual é, atualmente, dedicado o Livro III do CPC. A proposta estabelece as “medidas de urgência”, que se dividirão em “tutela de urgência” e “tutela de evidência”, sendo que serão ajuizadas sempre nos mesmos autos do processo principal.

<sup>6</sup> TJMG, Agravo [1.0027.09.180940-3/001\(1\)](#), Des. ALBERTO HENRIQUE, 02/04/2009.

E mais: o projeto, influenciado pela fungibilidade atualmente em vigor, prevê o cabimento dessas medidas, seja em caráter cautelar seja com natureza satisfativa.

Eis o dispositivo do art. 269 do Projeto:

Art. 269 – A tutela de urgência e a tutela de evidência podem ser requeridas antes ou no curso do processo, sejam essas medidas de natureza satisfativa ou cautelar.

§ 1º São medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida.

§ 2º São medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo.

Destarte, poderá ser requerida qualquer das medidas de urgência, sem que haja alteração de procedimento em virtude de sua natureza – satisfativa ou cautelar.

Aliás, o projeto é mais audacioso ainda, ao manter os mesmos requisitos previstos à cautelar para a medida de natureza satisfativa. Sim, em vez de estabelecer um rigor maior para as medidas satisfativas, o projeto manteve para elas o mesmo critério adotado para as cautelares.

De fato, o art. 276 do projeto destaca, sem fazer qualquer distinção entre as medidas de natureza cautelar e as satisfativas, que “a tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação”.

Vale lembrar que, neste particular, haverá uma mudança. É que o art. 273, CPC em vigor, ao tratar da tutela antecipada (satisfativa), exige que haja a “prova inequívoca” dos fatos alegados, assim como a “verossimilhança da alegação”. Ora, como é cediço, estes critérios, diferentemente dos adotados para as medidas cautelares, exigem que haja uma quase certeza de que o pretendente tem razão quanto à pretensão principal e, por isto mesmo, é merecedor de sua antecipação.

Pois bem, seguindo adiante, veremos que o projeto traz, efetivamente, um avanço, ao prever a tutela de evidência. A grande diferença entre esta e a tutela de urgência (ambas estão inseridas no gênero medidas de urgência) é que a primeira dispensa o requisito do dano irreparável ou de difícil reparação.

Com efeito, a tutela de urgência exigirá, para ser concedido, o chamado *periculum in mora*. Já a tutela de evidência, conforme preconiza o art. 278 do projeto, “será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação”.

A concessão da medida pretendida – cautelar ou satisfativa – sem o requisito do *periculum in mora* representa um avanço no campo da efetividade. Ora, o processo lento, e que só traga o bem de vida perseguido depois de longo tempo, não é justo. O processo justo é aquele que traz a satisfação à parte, ainda a tempo e modo.

### **3 AINDA A PROPOSTA E AS HIPÓTESES ESPECÍFICAS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA**

Neste cenário de instituição da tutela de evidência, o projeto previu situações específicas em que ela será cabível.

A primeira delas, prevista no inciso I do referido artigo 278, é quando “ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido”.

Na verdade, pode-se dizer que, mesmo no sistema atual, já há a previsão de tutela de evidência, em situações deste jaez, ainda que sob o rótulo de tutela antecipada. Isto porque o art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil em vigor, já admite a concessão da tutela antecipada, mesmo que não haja o risco de dano.

Realmente, o requisito de “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” está previsto no inciso I daquele artigo, como sendo uma regra geral. Já o inciso II do mesmo artigo dispensa o *periculum in mora*, desde que “fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”.

É fácil verificar, pois, que a tutela de evidência em casos tais, na prática, já existe em nosso ordenamento processual.

Vale conferir o tratamento doutrinário atual sobre o tema<sup>7</sup>:

“Já no que tange ao abuso do direito de defesa ou o manifesto intuito protelatório do réu (inciso II do art. 273), o legislador dispensou a necessidade do perigo de dano. Para a caracterização desse requisito, basta a utilização indevida do processo pelo réu para dificultar a prestação da tutela jurisdicional pleiteada, impedindo a efetividade e a celeridade do processo.

O abuso do direito de defesa resta configurado quando o réu pratica atos indevidos dentro do próprio processo, já o manifesto intuito protelatório corresponde ao comportamento do réu fora do processo, mas com ligação direta à relação processual, tal como a ocultação de provas.

Ressalte-se que, de acordo com a finalidade da norma, a concessão da antecipação dos efeitos da tutela nesses casos, somente se justifica se da conduta do réu resultou atraso indevido na entrega da prestação jurisdicional.

Para alguns autores, como Cândido Rangel Dinamarco e Calmon de Passos, pode-se usar como parâmetro, para a identificação dessas situações, o artigo 17 do Código de Processo Civil, que estabelece hipóteses de litigância de má-fé.

Teori Albino Zavascki denominou, para efeitos meramente classificatórios, a hipótese de antecipação de tutela prevista no art. 237, I, como antecipação assecuratória, e a hipótese prevista no art. 273, II, como antecipação punitiva. Em relação a essa última, o Autor faz importante ressalva: “embora não se trate propriamente de uma punição”.

Para Marcato<sup>8</sup>,

“Na situação do inciso II do art. 273, a razão de ser da antecipação é completamente outra, não vinculada ao perigo concreto de dano. Revela a existência de postura assemelhada à litigância de má-fé, já regulada pelos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

De fato, a possibilidade de os efeitos serem antecipados em razão do comportamento assumido pelo réu, consistentes em apresentar defesa despida de seriedade, não está ligada a perigo de dano concreto. Destina-se tão somente a acelerar o resultado do

---

<sup>7</sup> SANTIAGO, Edna Ribeiro. Impossibilidade de concessão da tutela antecipada de ofício nos casos de abuso do direito de defesa ou manifesto intuito protelatório do réu. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2553, 28 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/15100>>.

<sup>8</sup> MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil comentado*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

processo, pois o direito afirmado pelo autor é verossímil, circunstância que vem reforçada pela inconsistência dos argumentos utilizados pelo réu em sua resposta. Ou seja, a existência do direito é provável não só pelos argumentos deduzidos pelo autor, como também pelos apresentados na defesa.

A segunda situação, em que o projeto prevê o cabimento da tutela de evidência, está no inciso II do art. 278: um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva.

Aqui também estamos diante de uma hipótese já existente no Código atual. A referência, agora, é ao art. 273, § 6º, do CPC em vigor, segundo o qual a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.”

O que o Código atual prevê, sob a rubrica de tutela antecipada, e está sendo repetido no projeto (agora sob a nomenclatura de tutela de evidência), nada mais é que aproveitar com mais efetividade aquela situação de dispensa de prova sobre fatos incontroversos (art. 334, CPC).

O nosso grande doutrinador Humberto Theodoro Jr.<sup>9</sup> lembra, a respeito do tema, que “a Lei nº 10.444, de 07.05.02, acrescentou o § 6º ao art. 273, que prevê mais um caso de antecipação de tutela. Trata-se de cumulação de pedidos, quando o réu contesta apenas um ou alguns deles, deixando incontroversos outros. Em tal conjuntura, a antecipação se mostra possível, sem necessidade de recorrer-se dos requisitos ordinariamente exigidos (perigo de dano grave, prova inequívoca, etc.)”. A terceira situação – e aí há verdadeiramente novidade a merecer aplausos – está prevista no inciso III do multicitado art. 278: “a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca”.

São dois requisitos os previstos para a concessão da tutela de evidência, nas hipóteses do inciso III: “prova documental irrefutável do direito alegado” e “que o réu não oponha prova inequívoca”.

A prova documental irrefutável só pode ser compreendida com o mesmo rigor que se trata o chamado direito líquido e certo, requisito à concessão do mandado de segurança.

Realmente, a prova documental irrefutável tem que revelar o direito líquido e certo de quem a está a invocar. E, sabidamente, direito líquido e certo não é aquele que possui complexidade jurídica menor, mas sim aquele que está acobertado por prova documental pré-constituída. Em outras palavras, o autor consegue demonstrar o que alega por meio de prova documental, e sem necessidade de dilação probatória posterior.

O requisito de que o réu não pode opor prova inequívoca àquela prova documental apresentada pelo autor torna a obtenção da tutela de evidência, em casos tais, mais difícil.

O objetivo aí é o de vedar a concessão da tutela de evidência, caso o réu tenha prova clara e convincente que contrarie os fatos arguidos pelo autor.

Neste contexto, pode-se dizer que o réu poderá apresentar esta prova inequívoca, por meio de documentos juntados à contestação. Ou seja, se o autor requerer a tutela de evidência depois da contestação em que o réu apresentar documentos com tamanha força probatória, deverá ser indeferida a medida pretendida.

---

<sup>9</sup> THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009 v. 3, p. 547.

De igual forma, poderá o autor requerer a tutela de evidência depois do encerramento da fase probatória (já com oitiva de testemunhas e prova pericial, por exemplo), sendo que se o réu tiver conseguido produzir prova inequívoca contrária à pretensão autoral, vez mais deverá ser indeferida a pretensão.

A expressão “prova inequívoca” aqui usada tem o mesmo rigor que a doutrina empresta a ela, quando utilizada como requisito para a concessão da tutela antecipada (art. 273, CPC, em vigor). Em outras palavras, se o autor apresenta robusta prova documental (“irrefutável”), mas o réu oferece elementos probatórios que neguem, peremptoriamente, o seu poder de convencimento, a tutela de evidência não poderá ser concedida. Ou, melhor dizendo, o réu terá que comprovar que, a rigor, será vitorioso ao final, razão pela qual ao juiz não convém conceder tutela de evidência ao autor.

Frise-se que o fato do projeto exigir a inexistência de prova inequívoca, oposta pelo réu, não significa que a tutela de evidência só poderá ser concedida depois da contestação.

Ora, em primeiro lugar, é o próprio projeto que admite a concessão da tutela de evidência antecedente ao próprio processo (art. 279), em caráter liminar (arts. 280 a 282, art. 284 I).

Demais disto, há diversas situações em que o magistrado já pode antever que o réu não possui prova inequívoca que contrarie as comprovações feitas pelo autor.

Assim é que, por exemplo, numa ação contra a Administração Pública o cidadão pode estar munido de cópia de processo administrativo, no qual aquela, por meio de seus agentes, já expôs a sua argumentação. E pode ocorrer que os elementos daquele processo administrativo sejam suficientes para evidenciar que o réu carece de argumentos e provas que impeçam a concessão da tutela de evidência.

De igual forma, pode ocorrer que o réu já tenha exposto os seus argumentos e provas, por meio de notificação judicial ou extrajudicial, anterior ao próprio ajuizamento da ação, e de tal forma a facilitar a conclusão do magistrado de que lhe falta prova inequívoca. Ou seja, o Juiz percebe que o autor traz prova documental irrefutável, contra a qual ele já pode deduzir que o réu não tem prova inequívoca.

Há, enfim, a previsão do inciso IV do artigo 278, a permitir a concessão da tutela de evidência, quando “a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante”.

Neste caso, por ser a matéria unicamente de direito, supõe-se que os fatos são incontroversos e comprovados de plano. Pode-se dizer que, aqui também, há a exigência do direito líquido e certo!

Destaque-se que a concessão da tutela de evidência, em casos em que a tese de direito já está pacificada por sistemas legais que harmonizam a interpretação do direito (recursos repetitivos, incidente de resolução de demandas repetitivas, e súmulas vinculantes), é um grande avanço na efetividade. Vale lembrar que, nestas hipóteses, será desnecessário o requisito do perigo de dano, circunstância que evidencia o propósito de proteção ao litigante que, com segurança, tem razão em seu pleito, não sendo justo aguardar todo o desfecho do processo para a entrega final do bem de vida.

Por derradeiro, o parágrafo único abarca a possibilidade de concessão de liminar em tutela de evidência, nos casos em que houver “depósito legal ou convencional”, comprovado por “prova documental”.

É oportuna a previsão do projeto, uma vez que, consoante súmula vinculante do STF, não é viável mais a prisão civil do depositário infiel (Súmula 25, STF – “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”). Se o afastamento desta medida (prisão) inibe a eficácia na busca do bem entregue em depósito, a previsão do projeto mitiga tal inibição, na medida em que, de forma expressa, prevê a viabilidade de imposição liminar, e sem a necessidade de comprovação de perigo de dano.

#### **4 CONCLUSÃO**

Não há dúvidas de que o processo precisa caminhar rumo à efetividade, de forma menos burocrática possível. A propósito, deve-se enfatizar o óbvio, ou seja, o processo visa permitir a discussão sobre o direito material, não podendo se transformar em ator principal. Logo, ao contrário de criar dificuldades desnecessárias, a norma processual deve acenar para a definição segura e definitiva sobre a lide.

Há, porém, situações de urgência, as quais precisam, nos casos concretos, ser enfrentadas pelo Poder Judiciário.

Durante algum tempo, discutiu-se muito sobre as medidas e procedimentos adequados para esta ou aquela situação de urgência. Hoje, o próprio sistema legal já arrefeceu a intensidade destas discussões, notadamente ao impor a fungibilidade para estas medidas.

O Projeto em curso no Congresso Nacional segue nesta linha, sobretudo ao instituir a chamada tutela de evidência, cujo grande mérito é permitir a concessão da medida (satisfativa ou cautelar) sem o requisito do perigo de dano, naquelas situações em que o pretendente tem, seguramente, razão em sua pretensão.

Deve-se salientar, enfim, que há mudanças e aperfeiçoamentos a serem feitos no projeto, no tocante a este tema, sendo certo que o debate deverá prosseguir. E – espera-se – o debate deverá ocorrer sem açodamentos, sendo importante a participação das entidades jurídicas que pensam o Direito.

#### **REFERÊNCIAS**

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgências: tentativa de sistematização*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 27.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 452, 456, 459-460.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Manole, 2006. p. 616- 617.

MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil comentado*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 830.

MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil interpretado*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 826

SANTIAGO, Edna Ribeiro. Impossibilidade de concessão da tutela antecipada de ofício nos casos de abuso do direito de defesa ou manifesto intuito protelatório do réu. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2553, 28 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/15100>>. Acesso em: 25 fev. 2011.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v.3, p. 547.

TJMG, agravo 1.0027.09.180940-3/001(1), Des. ALBERTO HENRIQUE, 02/04/2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 7.ed. atual. e ampl. São Paulo, 2006. v. 3, p. 37-38.



**DIREITO TRIBUTÁRIO COMO INSTRUMENTO DE  
COMBATE À POBREZA:  
a eliminação da regressividade fiscal pela aplicação efetiva do princípio da  
capacidade contributiva com relação aos impostos que oneram o consumo**

LUIZA OLIVEIRA GUEDES\*

SUMÁRIO

1 Introdução: a necessidade de densificação do princípio da capacidade contributiva como instrumento de combate à pobreza e a experiência canadense. 2 A tributação diante do desafio social contemporâneo: do caráter extrafiscal do tributo. 3 Tributos sobre o consumo: a repercussão da capacidade contributiva. 3.1 Suporte do encargo econômico: tributos diretos e indiretos. 4 A iniciativa do governo canadense para eliminar o caráter regressivo do principal imposto sobre o consumo do país. 4.1 Aspectos históricos. 4.2 A introdução do crédito GST. 4.3 Cumprimento do dever de informação aos cidadãos pelo governo canadense. 4.4 Análise dos efeitos da implantação do crédito reembolsável no Canadá. 4.4.1 A pesquisa desenvolvida pelo comitê governamental de recursos humanos. 4.4.2 GST Credit em números. 4.4.3 Análise dos dados. 5 O ordenamento brasileiro: opção pela tributação indireta e a problemática da regressividade fiscal. 5.1 A princiologia constitucional como baliza de uma interpretação constitucional voltada ao combate à pobreza. 5.1.1 Princípio da isonomia. 5.1.2 Princípio da capacidade econômica. 5.1.2.1 Capacidade econômica subjetiva e pessoalidade. 5.1.2.2 Aplicação do princípio da capacidade econômica subjetiva ao ICMS. 5.1.3 Princípio da seletividade: problemas da aplicação. 5.2 Comparação entre o GST canadense e o ICMS brasileiro. 5.3 Viabilidade de reembolso do valor do ICMS pago pelo consumidor de baixa renda. 5.4 Possibilidade jurídica e fática de reembolso do ICMS no Brasil. 6 Considerações finais.

**1 INTRODUÇÃO: A NECESSIDADE DE DENSIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À POBREZA E A EXPERIÊNCIA CANADENSE**

A pobreza é um problema mundial que atinge significativamente o Brasil. Apesar de a carência de recursos materiais ser apenas uma das facetas de expressão da pobreza, o quadro socioeconômico brasileiro demonstra a importância da temática e a premente necessidade de se dar concretude ao objetivo constitucional de construção de uma sociedade

---

\* Bacharel em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

justa e solidária, voltada à erradicação da pobreza e à redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Frente ao atual contexto brasileiro, buscar alternativas para se combater a miséria revela-se questão urgente e de mais alta relevância. O direito tributário dialoga intimamente com essa temática, pois, como é cediço, a forma de distribuição da carga tributária, levando em conta seus destinatários, pode contribuir, como verdadeira via de mão dupla, para minimizar ou para acentuar a pobreza.

Necessário ponderar que o direito tributário, sozinho, não oferece solução para esse problema. Nesse sentido, reconhecendo a complexidade da questão, na realidade, quer-se contribuir, de forma singela, demonstrando como a tributação pode ser mais justa e condizente com o objetivo constitucional mencionado.

No cerne dessa temática, onde o direito tributário dialoga com a necessidade de construção de uma sociedade menos estratificada e mais justa, encontra-se o princípio da capacidade contributiva e o caráter acentuadamente distributivo dos impostos.<sup>1</sup> Isso porque, em matéria de tributação, o principal parâmetro de desigualação a ser levado em consideração para atribuir-se tratamento diferenciado às pessoas deve ser, exatamente, a capacidade econômica de cada contribuinte.<sup>2</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil trata desse princípio no § 1º do art. 145, pelo qual, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Não obstante o assento constitucional conferido pelo constituinte originário ao princípio da capacidade econômica, observa-se que a legislação infraconstitucional brasileira negligencia a aplicação eficaz dessa norma no que concerne aos tributos incidentes sobre o consumo, onerando de forma mais expressiva as camadas mais pobres da população e, por conseguinte, fomentando a concentração da renda. Nessa linha, impõe-se analisar criticamente a forma como é realizada a tributação no Brasil e sua relação, como instrumento potencializador, com uma desigualdade econômica perniciosa e que precisa ser combatida.

Não há dúvida de que a redução da pobreza no Brasil somente será possível quando a promoção da igualdade social e o combate à exclusão forem implementados em contexto amplo, no qual a isonomia, traduzida no direito tributário pelo princípio da

---

<sup>1</sup> Misabel de Abreu Machado Derzi, ao mencionar a importância da função redistributiva dos impostos, esclarece que “(...)é fundamental que um volume representativo de recursos esteja desimpedido, disponível para a melhor aplicação possível. Mas existe ainda um sentido não menos importante que esse princípio, o do art. 167, IV, - cristaliza o sentido democrático e redistributivo da renda advinda dos impostos, tão relevante em um país de grandes desigualdades materiais como o nosso. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário brasileiro*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 205.

<sup>2</sup> Manifestando-se sobre o artigo acima transcrito, no julgamento do RE 423.768, o Relator: Ministro Marco Aurélio afirmou que “o § 1º do art. 145 possui cunho social da maior valia, tendo como objetivo único, sem limitação do alcance do que nele está contido, o estabelecimento de uma gradação que promova justiça tributária, onerando os que tenham maior capacidade para pagamento do imposto.” Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 423.768. Relator: Ministro Marco Aurélio. Informativo nº 433 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo433.htm>>. Acesso em: 31 abr.2013.

capacidade contributiva, não seja considerada como mera diretriz ao legislador. Essas normas devem receber tratamento de preceito constitucional irradiador de efeitos normativos no ordenamento jurídico pátrio, a partir do resgate dos princípios constitucionais cuja reverberação no plano infraconstitucional tem se mostrado tímida, de eficácia reduzida.

Nesse contexto em que se insere nosso país, o direito tributário pode ser um eficiente instrumento de redução das desigualdades sociais. Para tanto, a pesquisa que se propõe pretende demonstrar, com base na experiência de outro país, o Canadá, que a disciplina infraconstitucional sobre os impostos que oneram o consumo deve refletir uma densificação mais sólida do princípio da capacidade contributiva, em atenção ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional.

O combate à pobreza é matéria da ordem do dia não só no Brasil, mas também em outros países, razão pela qual analisar as soluções encontradas em sistemas tributários forâneos mostra-se essencial à problematização, em um processo de reflexão crítica, da aplicação, via mecanismos tributários, dos mandamentos sociais que emanam do texto constitucional brasileiro. O presente trabalho, portanto, gravita em torno da seguinte hipótese: é possível fazer incidir o princípio da capacidade contributiva aos impostos que oneram o consumo, com a finalidade de erradicar a pobreza no Brasil.<sup>3</sup>

Levar-se-á em conta, para solver o questionamento supracitado, o conceito e a classificação de tributo desenvolvidos por Aliomar Baleeiro, em obra atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi.<sup>4</sup> Como objeto de comparação e inspiração, o presente trabalho espelhar-se-á no modelo jurídico canadense, tendo em vista que, nesse país, já foram realizadas reformas tributárias para que houvesse uma distribuição mais justa da carga tributária entre os consumidores, de acordo com a expressão de riqueza de cada contribuinte. Por fim, para fins de simplificação, com relação ao regime jurídico tributário brasileiro, os impostos sobre o consumo, quando da análise do ordenamento jurídico brasileiro, serão representados pelo ICMS.

Assim, o ICMS será representativo da categoria dos impostos que oneram o consumo no Brasil, para simplificar a pesquisa e porque ele é o tributo que mais se assemelha ao imposto canadense (GST) no qual se busca inspiração, conforme será abordado em momento oportuno.

De toda forma, desde já, consigne-se que o ICMS, assim como o GST, foi instituído para repercutir sobre o consumidor final, de modo que por pertencerem à categoria dos tributos indiretos, o ônus econômico de ambos os tributos é repassado pelo comerciante (contribuinte de direito) para o consumidor.

---

<sup>3</sup> A expressão impostos sobre o consumo não é, considerando a terminologia adotada pelo Código Tributário Nacional em vigor, exatamente correta. No entanto, será adotada nesta pesquisa haja vista que constitui um de seus objetivos da presente analisar o caráter pedagógico da atual terminologia adotada após a Emenda Constitucional nº 18/56, que abandonou a expressão “imposto de consumo”. Nesse sentido, Aliomar Baleeiro, ao se referir aos impostos que oneram o consumo, leciona: “(...) O Direito anterior proferiu o *nomem iuris* de imposto de consumo, no pressuposto, quase sempre certo, de que o tributo era suportado economicamente pelos consumidor, graças aos efeitos dos fenômenos da repercussão de tributos desse tipo”. (BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualizado por Misabel de Abreu Machado Derzi. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 336).

<sup>4</sup> BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualizado por Misabel de Abreu Machado Derzi. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

A escolha do modelo canadense como objeto de estudo decorre da experiência jurídica bem sucedida do país. Sua legislação prevê a devolução de parcela dos tributos embutidos nos preços das mercadorias à população economicamente menos favorecida, conforme a capacidade contributiva dos contribuintes.

Convém ainda informar que este trabalho será desenvolvido de forma que sejam abordados os seguintes tópicos: o caráter extrafiscal do tributo; a repercussão da capacidade contributiva, considerando a tributação sobre o consumo; a experiência do governo canadense na iniciativa de eliminar o caráter regressivo dos impostos sobre o consumo; o ordenamento brasileiro – a regressividade que o acomete e seus princípios constitucionais; e, por fim, será realizada uma comparação entre o modelo de tributação canadense e o modelo brasileiro.

## **2 A TRIBUTAÇÃO DIANTE DO DESAFIO SOCIAL CONTEMPORÂNEO: DO CARÁTER EXTRAFISCAL DO TRIBUTO**

O tributo, no contexto do Estado Social, deixa de ser apenas fonte de receita para o Estado, passando a ser um instrumento de realização de justiça e da concretização de políticas sociais. Trata-se da função extrafiscal do tributo, segundo a qual também devem ser analisadas as suas repercussões reflexas sobre a sociedade. Isso porque os efeitos da instituição de um tributo devem estar em consonância com os mandamentos constitucionais no que diz respeito aos seus impactos na economia, no estímulo das atividades e na concretização dos direitos fundamentais. A propósito do tema, leciona Hugo de Brito Machado:

“A esta função moderna de tributo se denomina função extrafiscal. No estágio atual das finanças públicas, dificilmente um tributo é utilizado apenas como instrumento de arrecadação. Pode ser arrecadação o seu principal objetivo, mas não o único.”<sup>5</sup>

Ressalte-se que de há muito já se percebia a potencialidade da tributação em interferir nas políticas sociais. Nesse sentido, as lições de Alfredo Augusto Becker:<sup>6</sup>

Há cerca de cinco séculos já eram percebidos os efeitos da tributação sobre a distribuição do capital e da renda entre os indivíduos sobre a formação das classes sociais. A ideia de revolução social pelo impacto dos tributos, em lugar da força das armas, começou realmente a definir-se na segunda metade do século passado.

Nessa toada, impossível não reconhecer e ressaltar a importância do caráter extrafiscal do tributo, como forma de intervenção estatal na sociedade e na economia. É que, sem se olvidar de sua função precipuamente arrecadatória ou fiscal, a instituição de um determinado tributo também deve levar em consideração a necessidade de se prestigiar ou evitar determinadas situações que, por razões político-constitucionais, podem ser recrudescidas ou mitigadas diante da incidência de determinado tributo.

Nessa esteira de pensamento, a devastação do meio ambiente, por exemplo, pode ser atenuada tributando-se rigorosamente atividades ambientalmente prejudiciais e, por outro lado, pode-se, como forma de estimular práticas ecologicamente positivas, conceder incentivos tributários aos que atuam em prol do meio ambiente. Enfim, é possível colher vários exemplos extraídos da prática que evidenciam tamanha versatilidade da tributação na promoção de objetivos sociais, o que, na linha deste estudo, também permitirá entrever a

---

<sup>5</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 75.

possibilidade de, uma vez fortalecido o princípio da capacidade contributiva, reduzir-se a desigualdade econômica e promover justiça social no Brasil.

Essa perspectiva, repita-se, descortina a tendência moderna de se considerar o direito tributário como poderoso instrumento de transformação da realidade e concretização dos objetivos do Estado, mais preocupado com as questões sociais e com a implementação dos direitos e garantias constitucionais.

A Constituição brasileira de 1988, em seus arts. 3º, III, e 23, X, dispõe que:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
III Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:  
X- combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

Da leitura dos dispositivos constitucionais supracitados, bem se vê que, no Brasil, o combate à pobreza constitui objetivo albergado constitucionalmente e que deve ser perseguido por todos os entes da federação. Para alcançar esse escopo, na linha moderna de percepção do direito tributário, segundo a qual o tributo também deve ser encarado como importante ferramenta para a implementação das políticas sociais do Estado, dentre as potencialidades extrafiscais do tributo, encontra-se a de atuar como instrumento de justiça social, contribuindo para a redução da cruel desigualdade socioeconômica entre os indivíduos.

Em suma, no âmbito da função extrafiscal da tributação, a pobreza pode ser combatida tributando-se de forma progressiva os que evidenciam maior capacidade contributiva e de forma mais suave, ou mesmo desonerando por completo, os que ostentem reduzida capacidade contributiva.

No entanto, a distribuição da carga tributária brasileira não concretiza esse objetivo. É que a distribuição do ônus tributário entre a população, especialmente no que tange aos impostos que incidem sobre o consumo, não respeita o princípio da capacidade contributiva, de modo que aqueles com maior expressão de riqueza são onerados em igual medida em relação aos contribuintes de menor renda, o que, ao final, em decorrência da indesejada igualação daqueles que deveriam receber tratamento diferenciado, acaba por vulnerar o próprio princípio da isonomia.

No Canadá, em contrapartida, encontrou-se uma forma de tornar a distribuição da carga tributária mais justa. Isso porque, de um modo geral, as famílias canadenses de baixa renda recebem de volta, mediante nota fiscal de compra, o valor que, na condição de consumidores finais, lhe havia sido repassado a tal título. Em verdade, cuida-se de modelo inspirador do combate à pobreza, a ser esmiuçado posteriormente. Ainda, antes disso, necessário analisar brevemente a disciplina dos impostos sobre o consumo, para, posteriormente, entender, no que interessa à solução da hipótese, os regimes tributários canadense e brasileiro no que tange à sua disciplina.

### **3 TRIBUTOS SOBRE O CONSUMO: A REPERCUSSÃO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA**

Compreendendo-se o direito tributário como veículo de erradicação da pobreza, a tributação que recai sobre o consumo ganha papel de destaque. Isso porque esses tributos, de

uma maneira geral, são repassados ao consumidor final, seja por imposição constitucional – como no caso brasileiro do II e do ICMS – a partir dos mecanismos de débitos e créditos que repercutem nos preços das mercadorias, seja por uma questão de realidade econômica, a partir do acréscimo dos custos da produção, nos quais se inclui a carga tributária nos preços das mercadorias. Como esse repasse não considera a capacidade contributiva dos consumidores finais, já que ele é realizado mediante acréscimo nos preços dos produtos, a população acaba, indistintamente, suportando a mesma carga tributária.

A translação do encargo tributário, da forma como é realizada, acarreta pronunciado problema de justiça social: os mais pobres destinam uma porcentagem muito superior de sua renda para suportar o ônus tributário que lhes é repassado na compra das mercadorias se comparados aos mais abastados. A consequência desse fenômeno é denominada pela doutrina por regressividade.

Tendo em vista que o valor do imposto é embutido nos preços das mercadorias, majorando-os, um indivíduo de baixa renda irá desembolsar, a título de pagamento do tributo, o mesmo valor que um indivíduo abastado na compra de determinado produto, o que acentua ainda mais o abismo sócio-econômico existente entre eles.

É por isso que os tributos que incidem sobre o consumo têm como nota característica o fato de serem legalmente devidos por um sujeito, mas economicamente suportados por outro.

Não é de se estranhar que, como todo custo da atividade produtiva, o encargo tributário também seja repassado ao consumidor final do bem, por meio do aumento dos preços das mercadorias. Nesse sentido, vejam-se os ensinamentos da ilustre professora Misabel Derzi em nota atualizadora:

O ordenamento jurídico, que não conflita com a realidade econômica, autoriza que tais tributos sejam transferidos, pelo mecanismo dos preços das mercadorias e serviços, aos consumidores. Inexistisse a transferência, logo o endividamento e a insolvência comprometeriam a saúde financeira de toda atividade econômica.<sup>7</sup>

Por sua vez, no ordenamento pátrio, especificamente com relação ao ICMS e ao IPI, além da questão econômica envolvida, há previsão constitucional para que o ônus seja suportado pelo consumidor final e não pelo contribuinte de direito. De fato, a Carta Magna impõe a observância do princípio da não-cumulatividade tanto ao IPI quanto ao ICMS (art. 153, §3º, II e art. 155, §2º, I), razão pela qual o contribuinte de direito do imposto (comerciante) possui o dever de compensar, com o imposto incidente sobre as operações que realizar, os impostos relativos às compras por ele efetuadas. Esse fenômeno de débitos e crédito impõe a translação do encargo econômico do tributo aos consumidores finais, último elo da cadeia econômico financeira. É dizer:

Assegura a Constituição brasileira, como de resto o fazem os países europeus e latinos americanos, que o contribuinte, nas operações de venda que promova, transfira ao adquirente o ônus do imposto que adiantará ao Estado, e ao mesmo tempo, possa ele creditar-se do imposto que suportou em suas aquisições (embora na posição de adquirente, apenas tenha sofrido a transferência e nada tenha pessoalmente recolhido aos cofres públicos).<sup>8</sup>

Sobre a finalidade do princípio da não-cumulatividade, leciona Sacha Calmon Navarro:

---

<sup>8</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário brasileiro*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 336.

É necessário desonerar o custo da produção e da comercialização de todo imposto pago nas aquisições (seja relativo a insumos, produtos intermediários ou bens do ativo fixo), sob pena de se ter nova tributação sobre esses bens, pois o custo deles integrará o preço do produto no momento da saída. A indedutibilidade dos créditos relativos à aquisição de bens de capital, máquinas e insumos diretamente utilizados na atividade econômica configura um rompimento com o princípio da não-cumulatividade.<sup>9</sup>

Nessa esteira de pensamento, o princípio em comento permite que o tributo não onere a força econômica do empresário, o que é essencial para incentivar o comércio no país, garantir a concorrência, enfim, estimular a economia. No entanto, se por um lado esse mecanismo poupa o empresário, por outro lado onera a força econômica do consumidor.

Assim, a imposição constitucional da não cumulatividade ao II e ao ICMS viabiliza que o crédito fiscal das aquisições de bens e serviços associados ao processo produtivo seja oposto ao débito decorrente das operações mercantis de vendas e semelhantes, de forma a confirmar a natureza ontológica dos denominados impostos sobre o consumo, que devem ser suportados financeiramente pelo consumidor final das mercadorias e serviços.

Em suma, certo é que os tributos que incidem sobre a circulação e produção de mercadorias, também denominados tributos sobre o consumo, seja em razão das forças econômicas que impelem o comerciante a repassar os custos de sua atividade, seja em virtude de uma imposição constitucional, como no caso brasileiro do II e ICMS, sempre serão, ao final, repassados aos consumidores. O problema, no entanto, não é o repasse em si. O prejudicial é que ele não encontra vínculo de fidedignidade com a capacidade contributiva dos consumidores finais dos produtos, impondo um ônus tributário proporcionalmente muito superior aos financeiramente hipossuficientes, a ponto de comprometer o seu próprio sustento.

Para entender melhor as ideias em desenvolvimento, convém relembrar a classificação dos tributos quanto à possibilidade de repercussão do encargo econômico-financeiro.

### **3.1 SUPORTE DO ENCARGO ECONÔMICO: TRIBUTOS DIRETOS E INDIRETOS**

A classificação dos tributos em diretos e indiretos leva em consideração a possibilidade de repercussão de seu encargo financeiro. Na lição de Aliomar Baleeiro:

Repercussão, ou translação, palavra esta última, preferida pelos italianos, é fenômeno pelo qual o contribuinte paga o imposto, mas liberta-se do sacrifício, transferindo-o a terceiros, no todo ou em parte.<sup>10</sup>

Segundo a classificação perfilhada, são indiretos os tributos que, em virtude de sua configuração jurídica, permitem a translação de seu encargo econômico financeiro para uma pessoa diferente daquela definida em lei como sujeito passivo. De outro lado, são diretos aqueles tributos em que o sujeito passivo previsto pela norma é quem suporta o encargo econômico.

Sobre o tema, convém também citar as ponderações de José Cassiano Borges:

Geralmente, os impostos incidentes sobre a circulação, tanto em virtude do fenômeno da repercussão quanto em decorrência de um artifício legal denominado substituição tributária, admitem a transferência do ônus fiscal atribuído, por lei, ao

<sup>9</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 10.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

<sup>10</sup> BALLEIRO, Aliomar. *Uma introdução às ciências das finanças*, 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p.153

sujeito passivo da obrigação tributária, para uma terceira pessoa alheia ao fato gerador do tributo ou ao dever jurídico do respectivo pagamento.<sup>11</sup>

Dessa forma, os tributos que recaem sobre o consumo, pelas razões já aduzidas, são classificados como indiretos e viabilizam a translação do encargo a terceiros pelo contribuinte nomeado pela Lei. Importante consignar, igualmente, que a tributação indireta é normalmente associada à ideia de regressividade, fenômeno, como explicitado, que constitui empecilho ao combate à pobreza.

Sobre os tributos indiretos, pois, que se deve voltar a atenção estatal, na tentativa de encontrar soluções, como a demonstrada pelo governo canadense, de redução do impacto negativo dessa transferência do ônus econômico ao consumidor final, o que será explicitado no capítulo a seguir.

#### **4 A INICIATIVA DO GOVERNO CANADENSE PARA ELIMINAR O CARÁTER REGRESSIVO DO PRINCIPAL IMPOSTO SOBRE O CONSUMO DO PAÍS**

Este tópico descreve a experiência vivenciada no Canadá, fruto de uma iniciativa muito bem sucedida do governo local para combater o fenômeno da regressividade, pela qual se conseguiu respeitar a capacidade contributiva dos consumidores no repasse do ônus econômico dos tributos que oneram o consumo.

A doutrina sempre defendeu que não seria possível promover a implementação do princípio da capacidade contributiva aos tributos indiretos, razão pela qual a experiência do governo canadense representa um marco no estudo do direito tributário como instrumento de combate à pobreza e de promoção da justiça social.

O fenômeno que será adiante descrito é relativamente recente e, por isso, ainda pouco estudado, especialmente pelos ordenamentos jurídicos estrangeiros que não o canadense. Assim, todo o trabalho a seguir foi realizado mediante leitura de bibliografias canadenses e conversas com professores da Universidade de Toronto, de forma que foi empreendido um enorme esforço no sentido de compreender melhor o regime canadense, o que não significa, no entanto, que a temática será exaustivamente aqui tratada. Até porque, para tanto, necessitar-se-ia de mais tempo para apreensão e compreensão do fenômeno. O que se pretende, portanto, não é exaurir a discussão, que é rica e possui inúmeras facetas a serem exploradas. Pretende-se, em verdade, plantar a semente para que a ideia floresça também em nosso país.

Com o escopo de despertar o interesse e a curiosidade dos doutrinadores brasileiros, o presente capítulo irá, em um primeiro momento, abordar aspectos históricos envolvidos na implementação da possibilidade de se restituir aos consumidores de baixa renda canadenses o valor por eles suportados a título do principal imposto incidente sobre o consumo, qual seja, o GST.

Posteriormente, serão descritas as características desse imposto, discorrendo-se acerca do crédito GST, que, basicamente, consistirá na análise da política social de reembolso do encargo econômico do tributo com relação aos consumidores de baixa renda, bem como dos mecanismos criados para se desenvolver uma relação transparente entre o Estado e a população.

---

<sup>11</sup> BORGES, José Cassiano. *Manual de operações e prestações com impostos indiretos*. São Paulo: Esplanada, 1994. p.15.



Por fim, serão analisados os efeitos dessa iniciativa, trazendo estatísticas e opiniões de especialistas, de maneira a concluir se seus escopos foram alcançados e, em caso positivo, em que medida.

#### 4.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

No Canadá, o GST (*Good and Services Taxes*), imposto que onera o consumo e se enquadra na categoria tributos indiretos mencionada acima, constitui o principal imposto que incide sobre operação e circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços. À semelhança dos impostos brasileiros que oneram o consumo (ICMS, IPI, ISS, etc.) a pessoa nomeada contribuinte (os comerciantes e prestadores de serviços) não é a mesma que suporta o encargo econômico do tributo – daí tratar-se de tributo indireto. O GST também foi modelado para ser suportado pelo consumidor final.

Introduzido em 1991 no ordenamento jurídico canadense, aplica-se a quase todos os bens e serviços, ao contrário de seu antecessor, o MST (*Manufactures Sales Tax*), que onerava apenas os bens manufaturados.

O governo canadense, de maneira geral, não estava satisfeito com as receitas geradas pelo MST. Desejava implementar um tributo cuja hipótese de incidência fosse mais ampla, garantindo ao governo maior arrecadação.

Começou-se, então, a cogitar, nos anos oitenta, a substituição do MST por outro tributo que incidisse não só sobre as operações com bens manufaturados, mas também sobre a prestação de serviços. A partir dessas ideias, surgiu o GST.

Um dos ministros à época, Mr. Doug Young, que participou do comitê liberal de implementação das reformas legislativas para substituir o MST pelo GST, apresentou suas impressões históricas a respeito dessas mudanças em seu artigo *The GST and low income Canadians – This won't hurt a bit*.<sup>12</sup>

Várias províncias canadenses desejavam substituir o imposto sobre venda de mercadorias manufaturadas, MST, um imposto sobre bens, por um imposto que incluísse serviços. Era consenso que o MST desencorajava as exportações e, portanto, prejudicava a competitividade internacional do Canadá. Ainda, o crescente aumento no papel dos serviços na economia significava que um imposto em bens e serviços poderia gerar mais receitas no futuro que um imposto que incidisse somente sobre bens. Muitas versões de uma hipótese de incidência mais ampla foram discutidas durante a década de oitenta.<sup>13</sup> (YOUNG 2003, p.1). Tradução Nossa.

O principal desafio para a implementação do GST foi encontrar uma solução para a regressividade que o acometeria. Isso porque, em virtude da maior abrangência de sua hipótese de incidência, a repercussão de seu encargo econômico-financeiro, em relação ao

<sup>12</sup> YOUNG, Doug. *The GST and low income Canadians: this won't hurt a bit*. 2003.

<sup>13</sup> Various federal governments have wanted to replace the Manufacturers Sales Tax, MST, a sales tax on goods, with a sales tax which included services. It was widely accepted that the MST discouraged exports and hence undermined Canada's international competitiveness. As well, the increasing role of services in the economy meant that a tax on goods and services would generate more revenue in the future than a tax simply on goods, products. Several versions of a broader based tax were discussed during the 1980's do imposto sobre as vendas reembolsável dentro do sistema de imposto de renda. (ERNST and YONG, 1990, p. 8-9).<sup>14</sup>

MST, implicaria maior gravame financeiro à população economicamente menos favorecida, esvaziando, ainda mais, o princípio da capacidade contributiva.

Conforme já foi anteriormente pontuado, os impostos que oneram o consumo são suportados por pessoa diversa daquela definida em lei como sujeito passivo. O contribuinte de direito repassa ao consumidor final da mercadoria ou do serviço o ônus econômico do tributo, o que impossibilita a instituição de progressão de sua alíquota conforme a expressão de riqueza do contribuinte de fato e, por conseguinte, sobrecarrega em igual medida consumidores que se encontram em situações econômicas distintas.

Em outras palavras, os consumidores canadenses de baixa renda, comparativamente aos consumidores mais abastados, acabariam despendendo parcela muito mais significativa de seus rendimentos com o GST, caso viesse a substituir o MST.

A solução encontrada pelos governantes canadenses foi viabilizar o reembolso do GST, que repercutiu no preço das mercadorias, aos consumidores finais de baixa renda. Esse reembolso, introduzido com o objetivo de não prejudicar as famílias de baixa renda com a substituição do MST pelo GST, somente foi viável porque, no Canadá, é obrigatório que todos os impostos que incidam sobre o consumo venham discriminados na nota fiscal de compra, com o seu respectivo valor.

Nesse sentido, aponta o livro *Good and services taxes: the complete guide*:

Impostos sobre o consumo são regressivos, na medida em que assalariados de baixa renda pagam uma parcela desproporcional desses impostos, porque tendem a consumir uma maior porcentagem de sua renda se comparados com os assalariados de alta renda. Em resposta, o governo optou por aumentar o crédito

## 4.2 A INTRODUÇÃO DO CRÉDITO GST

No mecanismo canadense, o reembolso pode ser total, correspondendo a todo o valor do GST repassado ao consumidor final, ou percentual, dependendo da capacidade contributiva daquele que compra. Ainda, quem requer o reembolso é o próprio consumidor, que deve guardar a nota fiscal da mercadoria, para que, posteriormente, munido de documentação que comprove sua condição socioeconômica, possa pleitear o benefício.

O valor do crédito está principalmente vinculado à renda pessoal. Além da renda pessoal, depende do estado civil, do número de filhos e do lucro líquido do cônjuge. Todas essas informações são obtidas por meio da análise dos dados do imposto de renda pago no ano anterior. Infere-se, pelo exposto, que o indivíduo não é o único elemento para se aferir a quantia a ser reembolsada via *GST Credit*, deve-se considerar, acima de tudo, o contexto de rendimento familiar no qual o contribuinte de fato encontra-se inserido.

A autora Raj K. Chawla, no artigo *The GST Credit*, analisa a importância do GST na arrecadação tributária canadense e os efeitos de seu reembolso, tomando como base o Catálogo de número 75- 001- XIE:

O GST é o principal imposto sobre o consumo, no Canadá. Outros incluem os direitos aduaneiros, bem como os impostos sobre as bebidas alcoólicas e produtos derivados do tabaco, gasolina e de receita governamentais do GST subiram de forma constante, de US \$ 15,5 bilhões em 1991/1992, para US \$ 34,0 bilhões em 2004/2005 (em dólares correntes). O aumento pode ser atribuído ao aumento do consumo, que por sua vez foi influenciado por fatores como o crescimento da

população, caracterização familiar, condições econômicas favoráveis, níveis de renda mais elevados, crédito mais fácil, taxas de juros mais baixas, e alteração dos padrões de consumo. A taxa de gastos entre 2002 e 2005 foi responsável por 33% do aumento do ICMS recolhido desde 1991/1992. O GST foi responsável por 72% dos impostos sobre o consumo em 2004/2005, em comparação com 55% em 1991/1992. Embora a importância relativa de outros impostos sobre o consumo tenha diminuído, a participação GST da Receita Federal aumentou em 12% de 1991/1992 para 16% em 2004/2005. No entanto, entre 2000 e 2005, o consumo de GST cresceu quase o dobro do total da Receita Federal, 33% versus 18% (...) O novo crédito reembolsável GST está sendo introduzido na Lei de Imposto de renda para enfrentar a regressividade inerente ao GST.<sup>15</sup>

Trata-se, enfim, do principal imposto canadense que onera o consumo, fonte de considerável valor arrecadatório anual e que, conseqüentemente, pesa no bolso do consumidor de baixa renda. A concessão do crédito objetiva reduzir esse impacto.

### **4.3 CUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO AOS CIDADÃOS PELO GOVERNO CANADENSE**

A devolução do valor correspondente ao GST repassado ao consumidor final, repisa-se, só foi possível porque a lei canadense prevê que a nota fiscal deve indicar todos os tributos que incidem sobre as mercadorias vendidas no país. É dizer, no ato da compra, é obrigatório que conste exatamente quanto o produto custa sem a incidência de impostos, e o valor de cada imposto que incide sobre determinada operação.

A soma desses elementos corresponderá ao preço final a ser pago pelo consumidor, que, por sua vez, possui ciência do valor da mercadoria em si e de todos os encargos tributários incidentes. No Canadá, o governo se utiliza de vários mecanismos para manter a população informada sobre o GST e seu crédito. Além de discriminar na nota fiscal o valor de todos os tributos e o preço da mercadoria sem incidência de tributos, o governo emite uma série de informativos à população.

Explica David M. Sherman que o GST, assim como o imposto de renda, é administrado pela *Canada Revenue Agency*, e que esse instituto, por meio de publicações periódicas, ajuda a população a entender como funciona a atividade administrativa de arrecadação, bem como a solicitar o reembolso a que faz jus:

GST info sheets: foram emitidos pela primeira vez em agosto de 2004. O Canada

---

<sup>14</sup> Consumption taxes are regressive, in that low- income earners pay a disproportionate share of tax because they tend to consume more as a percentage of income than higher- income earners. In response, the government has chosen to enhance the existing refundable sales tax credit within the income tax system. (Good and services taxes: the complete guide. Toronto: Ernst and Young, the Canadian Institute, 1990.)

<sup>15</sup> The GST is the main consumption tax in Canada. Others include customs duties as well as taxes on alcoholic beverages and tobacco products, gasoline, and government revenue from the GST has climbed steadily, from \$15.5 billion in 1991/1992 to \$34.0 billion in 2004/2005 (in current dollars). The rise can be attributed to increased consumer spending, which in turn has been influenced by factors such as population growth, family make-up, favourable economic conditions, higher income levels, easier credit, lower interest rates, and changing spending patterns. A spending spree between 2002 and 2005 alone accounted for 33% of the increase in GST collected since 1991/1992. The GST accounted for 72% of consumption taxes in 2004/2005 compared with 55% in 1991/1992. While the relative importance of other consumption taxes has declined, the GST share of federal revenue rose from 12% in 1991/1992 to 16% in 2004/2005. However, between 2000 and 2005, GST intake grew almost twice as much as total federal revenue - 33% versus 18%. The new refundable GST credit is being introduced into the income Tax Act to address the inherent regressive of GST. This credit, to with lower- income Canadian are entitled, is discussed later.

Revenue Agency começou esta nova série de informações com explicações breves, relativamente claras para não praticantes. Onze foram publicados até agora;  
Guides and pamphlets - são para uso por pessoas de negócios que têm de lidar com o GST e não são especialistas. Eles explicam o funcionamento do GST em diversos setores, em linguagem que é fácil de entender  
Excise and GST/ HST news: Chamado GST/HST news, de 1997 até 2004 é publicado trimestralmente. Contém informações sobre novidades para aconselhar os inscritos sobre a observância do GST. Alguns novos anúncios de política administrativa são feitos através deste boletim;  
New releases- podem ser emitidos para anunciar mudanças com relação ao GST. Mudanças da legislação são normalmente anunciados pelo departamento das finanças.<sup>16</sup>

Ainda, atualmente, o crédito é ajustado conforme a inflação, medido pela variação do índice de preços ao consumidor, o que representou uma vitória para os beneficiados com o reembolso haja vista que tal medida evita a defasagem monetária e faz com que o valor do reembolso corresponda efetivamente àquele suportado pelo contribuinte de fato.

#### **4.4 ANÁLISE DOS EFEITOS DA IMPLANTAÇÃO DO CRÉDITO REEMBOLSÁVEL NO CANADÁ**

O presente tópico irá abordar os efeitos da implementação do “*GST credit*” com relação à distribuição da carga tributária entre os canadenses, aferindo se ela se tornou mais justa, se atenuou o efeito regressivo e implementou a capacidade contributiva aos impostos sobre o consumo e, conseqüentemente, se influenciou positivamente no combate à pobreza.

Com esse escopo, serão analisadas as estatísticas governamentais levantadas justamente com o mesmo objetivo, bem como a opinião de diversos autores a respeito da temática.

##### **4.4.1 A PESQUISA DESENVOLVIDA PELO COMITÊ GOVERNAMENTAL DE RECURSOS HUMANOS**

O Comitê Governamental de Recursos Humanos, Desenvolvimento Social e Estatuto das Pessoas com Deficiência do Canadá realizou pesquisa que consistiu em analisar o impacto de alterações normativas e projetos sociais, com o objetivo de embasar novas frentes de atuação do Estado para combater a pobreza no país.

O Comitê organizou um sistema complexo e, ao que tudo indica, eficiente, consistente em iniciativa que abarca duas frentes principais de atuação, a saber, alterações legislativas e políticas sociais para estudar o papel do governo federal na redução da pobreza do Canadá.

A partir dos trabalhos realizados, o Comitê reuniu sua experiência em um relatório que faz referência ao Crédito GST:

---

<sup>16</sup> GST info sheets- were first issued in august 2004. The Canada revenue agency began this new information series with brief, relatively clear explanations for non- practitioners. Eleven have been published so far; Guides and pamphlets – are for use by business people who have to deal with the GST and are not experts. They explain the operator of the GST in various sectors in language that is easy to understood; Excise and GST/ HST news: called GST/ HST news from 1997 through 2004 is published quarterly. It contens information on recent devepments to advise registrants regarding GST compliance. Some ne announcements of administrative policy are made through this newsletter; New releases (press releases) – mabe issued to announce changes in GST administration, Changes to the legislation are normally announced by department of finance.

O crédito dos impostos que incidem sobre produtos e serviços e dos impostos equalizadores é um crédito reembolsável disponível para contribuintes de modesta e baixa renda. As despesas totais com esse crédito são estimadas em \$ 3.6 bilhões de dólares por ano. A tabela X resume os valores desse crédito que é calculado baseando-se no status civil, número de crianças e renda familiar, o crédito é pago trimestralmente para apenas uma pessoa do casal. Esse crédito atualmente aumenta anualmente com elevações nas estatísticas dos índices de preços ao consumidor (p. 189).<sup>17</sup>

Ainda, o comitê relata uma surpreendente conclusão: a devolução de parte do imposto pago pela população de baixa renda é lucrativa e impulsiona a economia. Fora a perspectiva da política social, focada na distribuição justa de riquezas, contexto no qual o Crédito GST foi pensado, o comitê também analisa a questão pelo viés da economia, demonstrando que a devolução de parte dos impostos paga às famílias de renda modesta é uma excelente maneira de estimular a economia.

Segundo a 9ª reunião do comitê, ocorrida em 10 de março de 2009:

Em um contexto fiscal de estímulo à poupança, nosso argumento é o de que deveríamos injetar dinheiro nas mãos das famílias de baixa e modesta renda, que irão sair para gastá-lo, para estimular a economia. Nossa contra proposta para os cortes nos impostos de renda foi de dobrar a restituição de crédito GST, o que imprimiria muito dinheiro à economia de uma forma objetiva e focada. (...) No orçamento substituto de 2009 o centro canadense de políticas alternativas também sugeriu dobrar o crédito GST para ajudar canadenses de baixa renda que não se beneficiam de certas medidas de contenção, como as mudanças no Seguro emprego. Na opinião do Comitê, o crédito GST é uma eficiente ferramenta para ajudar canadenses de baixa e modesta renda, especialmente aqueles que não pagam impostos já que esse é um crédito restituível.<sup>18</sup>

Conclusões essas que levaram o comitê a emitir Recomendação 4.5.1: pela qual opinaram “*que o governo federal aumentasse o crédito para impostos sobre vendas e serviços para além da elevação programada para o índice de preços ao consumidor.*”<sup>19</sup>

Assim, segundo o comitê governamental, a previsão de reembolso do GST para as famílias de baixa renda provou ser, além de um eficiente veículo de combate à miséria, um excelente estímulo à economia, o que, por via reflexa, auxilia ainda mais a luta contra a pobreza.

#### **4.4.2 GST CREDIT EM NÚMEROS**

Valendo-se de dados governamentais levantados no ano de 2003, Raj K. Chawla (CHAWLA, 2003,) demonstra que o Crédito GST é eficiente para, fazendo incidir o princípio da capacidade contributiva, reduzir o efeito regressivo do *Good and Services Taxes* (GST).

<sup>17</sup> The goods and services tax and harmonized sales tax (GST/HST) credit is a refundable tax credit available to low - and modest-income taxpayers. The total tax expenditures for this credit are estimated at \$3.6 billion per year.701 Table 4.5.1 summarizes the value of this credit, which is calculated based on civil status, number of children and net family income;702 the credit is paid quarterly to just one person in a couple. This credit currently rises annually with increases in Statistics Canada’s Consumer Price Index. (p. 189).

<sup>18</sup> In the context of the fiscal stimulus budget, our argument was that we should be pumping money into the hands of low- and modest-income families, who will go out and spend that money to stimulate the economy. Our counter-proposal to the use of income tax cuts was to double the refundable GST credit, which would have pumped a lot of money through the economy in a targeted, focused way [...] In its alternate 2009 budget, the Canadian Centre for Policy Alternatives also suggested doubling the GST credit to help low-income Canadians who do not benefit from certain budget measures such as the changes to employment insurance.704 In the opinion of the Committee, the GST is an effective tool for helping low-and modest-income Canadians, especially those who do not pay tax since it is a refundable tax credit.

<sup>19</sup> Recommendation 4.5.1. “The Committee recommends that the federal government increase the goods and services tax credit by more than the scheduled increases tied to the Consumer Price Index”.

Conforme o esperado, quanto menor a renda familiar maior é a probabilidade de uma família receber o reembolso do GST que incidiu sobre os produtos que consumiu.

Estatísticas demonstram que as famílias de baixa renda quase sempre (98% das vezes) recebem de volta o valor pago a título de GST em um determinado produto adquirido, seja ele qual for. Essa probabilidade diminui à medida que a renda familiar aumenta:

Quase todas as famílias com renda inferior a US 20.000 (vinte mil dólares) por ano recebeu um crédito fiscal GST. Isso em comparação com 90% daqueles com renda entre \$20,00 e \$39.999, caindo para 24% para as famílias com renda entre US 60.000 e 79.999 e, em seguida, aumentando para aqueles com renda de US 100.000 ou mais. Esta variabilidade é em grande parte devida a diferenças nas características das famílias (...) Em geral, 72% das famílias que relatam um crédito GST apresentou renda abaixo de US \$ 40.000, " (THE GST CREDIT).<sup>20</sup>

Nessa linha, conclui-se que a iniciativa canadense constitui em um belo exemplo de harmonia entre teoria e prática: a introdução do Crédito GST realmente foi eficaz para institutos do direito brasileiro envolvidos com a questão: os impostos que oneram o consumo, com foco no ICMS; a forma como esses impostos atuam na distribuição do ônus tributário entre a população brasileira; princípios constitucionais envolvidos na temática; tudo com o intuito de comparar os dois modelos tributários em comento, canadense e brasileiro, especificamente no que tange aos impostos que oneram o consumidor final.

#### **4.4.3 ANÁLISE DOS DADOS**

A estatística dividiu, entre os indivíduos com 16 anos ou mais, os consumidores em 10 grupos diferentes, considerando faixas de rendas que variam entre aqueles que não auferem renda e os que percebem mais de US\$ 40.000 por ano.

Segundo os dados governamentais, (56%) dos indivíduos que ganham entre US\$ 10.000 e US\$ 14.999 por ano fizeram jus à devolução de uma parcela do GST pago, enquanto apenas 2% dos contribuintes cuja renda ultrapassa US\$ 40.000 por ano possuíam direito ao reembolso. Vê-se que a pesquisa atestou que o crédito, na prática, realmente beneficia os contribuintes de renda mais baixa, realizando satisfatoriamente o objetivo a que se propôs.

Em suma, o sistema de combate à regressividade do imposto GST, a partir da devolução de parte do valor pago aos contribuintes que não possuem expressão de riqueza para suportá-lo, mostrou-se eficaz justamente por favorecer, quase de forma unânime (98%), os consumidores com as menores faixas de renda do país, inferiores a US\$ 40.000 por ano. Isso demonstra que os canadenses passaram a suportar o GST na medida de sua capacidade contributiva.

Apresentada a alternativa canadense para tornar a distribuição da carga tributária mais justa e conforme a capacidade contributiva das famílias, o tópico seguinte irá analisar institutos do direito brasileiro envolvidos com a questão: os impostos que oneram o consumo, com foco no ICMS; a forma como esses impostos atuam na distribuição do ônus tributário entre a população brasileira; princípios constitucionais envolvidos na temática; tudo com o

---

<sup>20</sup> "Almost all families with income under \$20,000 received GST credit. This compared with 90% of those with income between \$20,00 and \$39,999, dropping to 24% for families with income between \$60,000 and 79,999 and then rising for those with income of \$100,000 and over. This variability is largely due to differences in family make-up [...] Overall, 72% of families reporting a GST credit had income under \$40,000, and only 8% had \$ 100,00 or more" (THE GST CREDIT).

intuito de comparar os dois modelos tributários em comento, canadense e brasileiro, especificamente no que tange aos impostos que oneram o consumidor final.

## 5 O ORDENAMENTO BRASILEIRO: OPÇÃO PELA TRIBUTAÇÃO INDIRETA E A PROBLEMÁTICA DA REGRESSIVIDADE FISCAL

São regressivos os impostos que prejudicam os que ganham menos porque, quanto menor o salário, maior será a proporção dele destinada a pagar esses impostos. Trata-se do efeito inverso do alcançado pelos tributos progressivos. Nos tributos marcados pela regressividade, quanto menor a renda maior será, proporcionalmente ao salário do indivíduo, o ônus suportado pelo contribuinte. Ao se referir aos impostos regressivos, Aliomar Baleeiro ensina que:

“consideram-se Regressivos o Imposto sobre Produtos Industrializados e o Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias sobre artigos essenciais à vida, porque retiram do total das despesas das famílias modestas fração proporcionalmente maior que de pessoas mais abonadas. É velha a observação de que tanto menor é o salário tanto maior a parcela destinada à satisfação das necessidades fundamentais (Lei de Engels).”<sup>21</sup>

Pelo efeito nefasto dos impostos regressivos, a tendência mundial é tornar a tributação cada vez mais progressiva:

“Hoje os impostos progressivos são universais. Parece que não existe nenhum país, em grau apreciável de civilização, que não os empregue. Essa utilização, além disso, tende a estender-se cada vez mais, a maior número de impostos. Nos Estados Unidos, o imposto de renda, ao fim de 1950, atingiu em escala progressiva a 91%. Na França e noutras nações, a 100%”.<sup>22</sup>

Continua Baleeiro a explicar:

Distancia-se da Constituição o imposto pessoal de caráter regressivo ou aquele em que as discriminações pessoais se estabelecessem para maior gravame sobre o contribuinte de menor capacidade econômica.<sup>23</sup>

A distribuição da carga tributária no Brasil, a despeito disso, recai especialmente sobre os tributos indiretos, naturalmente regressivos porque cobrados de todos sob a mesma alíquota, independente da condição econômica do contribuinte, acarretando concentração de renda. Os impostos indiretos constituem importante fonte brasileira de arrecadação de impostos.

De acordo com estudos realizados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)<sup>20</sup>, os 10% mais pobres pagam, proporcionalmente, dez vezes mais tributos indiretos – como o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) – que a extremidade mais rica. Diante do contexto fático apresentado, imperativo estabelecer mecanismos de correção dessa injustiça.

<sup>21</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7.ed. rev. e complementada à luz da Constituição de 1988 por Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro. Forense, 2006. p. 751.

<sup>22</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7.ed. rev. e complementada à luz da Constituição de 1988 por Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro. Forense, 2006. p. 753.

<sup>23</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7.ed. rev. e complementada à luz da Constituição de 1988 por Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro. Forense, 2006. p. 754.

<sup>24</sup> Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/comunicado\\_92](http://www.ipea.gov.br/comunicado_92)>.

Dessa forma, a tributação possui caráter extremamente regressivo no Brasil, isso significa que, de uma maneira geral, onera-se proporcionalmente mais os que possuem menor renda, o que será adiante demonstrado a partir da apresentação de estatísticas e gráficos, na contramão de uma tendência internacional para que lhes seja conferido caráter progressivo.<sup>25</sup>

A Secretaria do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, em parceria com o Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), elaborou um relatório de observação dos Indicadores de Equidade do Sistema Tributário Nacional, cujas conclusões comprovam que o sistema tributário brasileiro é extremamente regressivo e incompatível com o objetivo de se erradicar a pobreza no país<sup>26</sup>. Seguindo os dados governamentais:

No Brasil, a distribuição do ônus tributário entre as famílias não respeita o princípio da justiça fiscal que recomenda que aqueles com maior nível de rendimento sejam proporcionalmente mais onerados do que os contribuintes de menor renda. Dados oferecidos por Zockun (2007) revelaram que, em 2004, quem ganhava até dois salários mínimos gastava 48,8% de sua renda no pagamento de tributos, já o peso da carga tributária para as famílias com renda superior a 30 salários mínimos correspondia a 26,3% (Brasília, 2009).

O Relatório elaborado, ainda, decompõe a distribuição do ônus fiscal segundo a incidência de tributos diretos e indiretos. Para ilustrar a situação, interessante observar os seguintes gráficos, elaborados por Maria Helena Zockun:<sup>27</sup>



Fonte: ZOCKUN, 2005.



Fonte: ZOCKUN, 2005.

<sup>25</sup> Além da distribuição da carga tributária ser injusta, os tributos federais sobre o consumo no Brasil, IPI e as contribuições sobre o PIS/COFINS, incidem sobre os tributos dos estados, ICMS, e dos municípios, ISS. Essa incidência de tributo sobre tributo gera o indesejado efeito “cascata”: as mercadorias acabam atingindo preços exorbitantes. Assim, aqueles que auferem menor renda saem ainda mais prejudicados porque gastam grande parte do salário na compra de bens de consumo básico, comparativamente aos economicamente favorecidos.

<sup>26</sup> Disponível em:

[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/0906\\_Indicadores\\_de\\_Equidade\\_Sistema\\_TN\\_Relatorio\\_Observacao\\_01.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/0906_Indicadores_de_Equidade_Sistema_TN_Relatorio_Observacao_01.pdf)<sup>p.18</sup>

<sup>27</sup> ZOCKUN, Maria Helena. *Aumenta a regressividade dos impostos no Brasil*. Informações – FIPE, n. 297, p. 11-13, 2005.

<sup>27</sup> ZOCKUN, Maria Helena. *Aumenta a regressividade dos impostos no Brasil*. Informações – FIPE, n. 297, p. 11-13, 2005.



Observa-se que a decomposição do ônus fiscal em direto e indireto resulta em gráficos completamente distintos, um com linha crescente e outro decrescente, à medida que aumenta a renda em salários mínimos.

A imagem demonstra que o efeito gerado pela tributação direta é diametralmente oposto ao efeito da indireta. Assim, o ônus econômico suportado por cada consumidor, nos tributos diretos, aumenta à medida que aumenta a renda. De outro lado, nos tributos indiretos, o ônus diminui à medida que aumenta a renda.

Poder-se-ia pensar que esses efeitos, por serem opostos, se anulariam. No entanto, não é o que se verifica na prática, segundo o relatório em análise:

“Quando decompomos o ônus fiscal em direto e indireto, percebemos que os tributos diretos até aumentam de importância à medida que a renda familiar se eleva, mas esse efeito é insuficiente para compensar o alto peso das incidências indiretas no orçamento das famílias de menor nível de rendimento. É isto que explica o grau de regressividade do nosso sistema de arrecadação”.

A decomposição do ônus fiscal demonstra que o Sistema Tributário Brasileiro reproduz uma realidade incompatível com os valores e princípios presentes na Constituição da República. O Sistema tributário previsto pela Constituição de 1988 é justo e possui como pilares os princípios da isonomia e capacidade contributiva. A realidade, por sua vez, demonstra que o arcabouço normativo infraconstitucional não se espelha na Constituição, não reflete seus valores. De fato, a realidade atual, em que os mais pobres são massacrados por uma pesada carga tributária, encontra-se às avessas do sistema principiológico constitucional. A seguir, a questão será analisada à luz desses princípios, com o intuito de expor essa incongruência a lume.

## **5.1 A PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL COMO BALIZA DE UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL VOLTADA AO COMBATE À POBREZA**

### **5.1.1 PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

O princípio da isonomia, mais geral, guarda íntima relação com o da capacidade contributiva, que pode ser considerado uma expressão do primeiro (isonomia) no direito tributário.

A isonomia possui guarida no ordenamento constitucional, dentre outros, por meio do art. 3º, III, que descreve o direito à igualdade. Para delimitar o conceito de igualdade, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que é preciso ir além da notória afirmação de Aristóteles, sempre lembrada por todos, de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Para o renomado jurista, nunca se deve perder de vista que a isonomia interdita tratamento desuniforme entre as pessoas. Sua função precípua, na realidade, reside exatamente em dispensar tratamentos desiguais.

A respeito do tema, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que:

“A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado

pelos textos constitucionais em geral, ou de modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.”<sup>28</sup>

A isonomia guarda correspondência com as ideias de igualdade formal e material. A primeira, igualdade formal, diz respeito à igualdade perante a lei. Por sua vez, a segunda, igualdade material, está mais atrelada à ideia de conferir aos indivíduos igualdade de oportunidades.

Essa segunda acepção é afeita à ideia de combate à pobreza pelo direito tributário. O tema é bem abordado pelo jurista Dirley da Cunha:<sup>29</sup>

A Constituição de 1988 não se contentou com a igualdade formal. Foi mais além para também consignar a igualdade material, na medida em que elegeu como objetivo fundamental do Estado erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), como finalidade da ordem econômica assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art.170) e como objetivo da ordem social o bem estar e a justiça social (art. 193).

O princípio da isonomia está previsto especificamente para o direito tributário no art. 150, II, da Constituição Federal e consiste na vedação de instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente.

Contudo, para que a lei preveja discriminações permitidas, ou seja, para que atribua tratamento diferenciado na medida da desigualdade, é necessário haver pertinência lógica entre a distinção inserida na norma e o tratamento distintivo dela consequente. Toda essa estrutura do princípio da isonomia demanda, na seara tributária, a percepção de que nem todos os contribuintes ostentem semelhante possibilidade econômica, motivo pelo qual se desdobrou, como uma de suas facetas, no princípio da capacidade econômica.

### **5.1.2 PRINCÍPIO DA CAPACIDADE ECONÔMICA**

Deve o legislador considerar, na estruturação do sistema tributário, as desigualdades existentes na sociedade, conferindo efetividade ao princípio da capacidade econômica ou capacidade contributiva, porquanto:

A juridicidade da capacidade contributiva resulta do lado positivo do princípio da igualdade: o dever imposto ao legislador de distinguir disparidades. Sendo assim, o lado positivo da igualdade impõe-se seja o tributo quantificado segundo a capacidade contributiva de cada um, que é diversificada, e o lado negativo do princípio (dever de não discriminar) constringe o legislador a tributar de forma idêntica, cidadãos de idêntica capacidade contributiva.<sup>30</sup>

E é sobre essa concepção de capacidade contributiva que se pauta essa pesquisa. Já registramos que o §1º do art. 145 da Constituição de 1988 consagra expressamente o princípio da capacidade contributiva, sendo ela, portanto, de observância obrigatória.

A doutrina costuma dividir o princípio da capacidade econômica em (i) objetiva (ou absoluta) e (ii) subjetiva (ou relativa). Sem tecer maiores detalhes, a capacidade objetiva

<sup>28</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros. p.10.

<sup>29</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. Salvador: JusPodivm. p. 663.

<sup>30</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana*, em coautoria com Sacha Calmon. Editora Saraiva, 1982, referida por Sacha Calmon Navarro Coelho, em seu Curso de direito tributário brasileiro.

obriga o legislador a, abstratamente, eleger como hipótese de incidência fatos que efetivamente representem indícios de capacidade econômica, de expressão de riqueza a ser tributada, considerando os contribuintes de uma forma geral.

Paulo de Barros Carvalho, em seu curso de direito tributário<sup>31</sup> ensina que o político vai à procura de acontecimentos que sabe haverão de ser medidos segundo parâmetros econômicos. Demonstra a necessidade de que o legislador atenha-se à procura de fatos que demonstrem signos de riqueza, pois somente assim poderá distribuir a carga tributária de maneira uniforme e com satisfatória atinência ao princípio da igualdade.

De outro lado, a capacidade econômica subjetiva se refere a um contribuinte em específico. Diz respeito à capacidade de determinada pessoa, considerando os múltiplos aspectos de sua realidade socioeconômica, para pagar determinado imposto. É dizer, considera-se a pessoa do contribuinte de forma concreta, aferindo sua real aptidão para arcar com o ônus tributário. Nota-se que essa acepção está intimamente associada ao princípio da pessoalidade, pois se revela uma forma de concretizá-lo.

Nos ensinamentos da professora Misabel Derzi, ao diferenciar as projeções de caráter objetivo e subjetivo do princípio:

Os critérios objetivos que o legislador deve considerar na captação da capacidade contributiva são aqueles comuns a todos os contribuintes, ou seja, os gastos imprescindíveis à aquisição e à manutenção da renda e do patrimônio. Porém os critérios subjetivos são aqueles postos na Lei, que acolhem os aspectos, variáveis de contribuinte a contribuinte, resultantes de seus gastos ou necessidades pessoais (para atender cônjuge, filhos, doença). Quanto mais pessoal o tributo, maior deverá ser a progressividade, a fim de que as incidências mais pesadas das alíquotas mais altas possa compensar o maior valor de deduções, que atendam às necessidades pessoais do contribuinte.<sup>32</sup>

O art. 145 da Constituição abriga as duas acepções de capacidade econômica, devendo o legislador ordinário observar ambas. No entanto, no presente trabalho, merece atenção especial a efetivação da capacidade em sua acepção subjetiva, porque é ela que efetivamente afere a capacidade de cada indivíduo em particular e guarda maior relação ao critério da pessoalidade, ainda não observado pela disciplina infraconstitucional relativa ao ICMS.

### **5.1.2.1 CAPACIDADE ECONÔMICA SUBJETIVA E PESSOALIDADE**

A pessoalidade é instrumento de aplicação do princípio da capacidade contributiva no direito. Os impostos caracterizados como pessoais contemplam a individualidade de cada contribuinte. As condições pessoais de cada contribuinte é que determinam as graduações das alíquotas para mais ou para menos. O típico exemplo de imposto pessoal é o Imposto de Renda.

A pessoalidade possibilita aquilo que Aliomar Baleeiro e outros juristas nacionais e internacionais denominam capacidade econômica subjetiva. Isso ocorre uma vez que a personalização dos impostos ou de certo leque de impostos – aqueles incidentes sobre a renda e o patrimônio (ou seus acréscimos) – acarreta a necessidade de elevação das alíquotas

<sup>31</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>32</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 750.

incidentes sobre as faixas de renda ou de patrimônio dos economicamente mais ricos, de modo que o montante da arrecadação continue o mesmo.

Os tributos pessoais são tidos como mais justos, porque proporcionam a distribuição da carga tributária entre a população segundo a expressão de riqueza de cada indivíduo. Nessa linha de raciocínio, quem possui maior expressão de riqueza deve suportar alíquotas maiores.

Por sua vez, as alíquotas são mais suaves para aqueles que não possuem grande expressão de riqueza. O surgimento dos tributos pessoais reflete uma nova mentalidade, condizente com o anseio de igualdade e justiça. Ilustra o seguinte trecho de Aliomar Baleeiro:

Num mundo de iniquidades de toda ordem, umas oriundas de condições personalíssimas do indivíduo, outras da estrutura econômica, jurídica e sócia, o anseio de igualdade e justiça que, desde séculos, acompanha os tributos, só se poderá tornar mais próximo do alvo se o legislador instituir um sistema de contrapesos ao desequilíbrio mais manifestos.<sup>33</sup>

A atribuição de caráter pessoal aos impostos densifica o princípio da capacidade contributiva no ordenamento jurídico, porquanto a personalização do tributo requer seja considerada a capacidade econômica de modo a aferir se determinado contribuinte possui ou não expressão de riqueza a ser tributada, e caso possua, possibilita a determinação das alíquotas progressivamente, condizente com a característica pessoal de cada contribuinte.

Trazendo essa discussão para o presente trabalho, impõe-se refletir sobre a concreção desses princípios na tributação dos impostos que oneram o consumidor final, representados genericamente pelo ICMS. Com essa finalidade, questiona-se se seria possível fazer incidir o ICMS segundo a capacidade econômica subjetiva dos consumidores finais, que suportam o encargo econômico do tributo e qual a melhor maneira de fazê-lo.

### **5.1.2.2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE ECONÔMICA SUBJETIVA AO ICMS**

A concreção do princípio da capacidade contributiva em sua acepção subjetiva está umbilicalmente ligada ao princípio da pessoalidade, promove uma distribuição mais justa da carga tributária, além de fazer incidir os mandamentos constitucionais envolvidos com a temática.

Conforme a redação do §1º do art. 145, os impostos serão, sempre que possível, graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. A expressão YOUNG, Doug o “*sempre que possível*” vincula o legislador, porquanto ele não possui poder discricionário de escolher as hipóteses nas quais irá graduar determinado imposto considerando a capacidade econômica de cada contribuinte. Ao contrário, ele só não poderá aplicá-la quando isso for impossível.

A cláusula “*sempre que possível*” prevista no §1º do art. 145 deve ser interpretada à luz do seguinte pressuposto – que já foi abordado – os impostos incidem sobre alguma manifestação de riqueza, razão pela qual quem pode mais deve contribuir com mais.

---

<sup>33</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7.ed. rev. e complementada à luz da Constituição de 1988 por Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 745.

De um lado, o Estado obriga o particular a entregar parte de sua riqueza que será redistribuída para a sociedade mediante prestações de serviços à população, segundo a ideia de solidariedade social, compulsoriamente imposta. De outro lado, é justo que cada indivíduo seja solidário na medida de suas possibilidades, haja vista que só é exigível obrigar que cada um contribua até o ponto em que não prejudique a própria subsistência.

Posto isso, impõe-se refletir se os impostos indiretos constituem uma ressalva à regra. A doutrina costuma atribuir essa impossibilidade, de incidência da capacidade contributiva, aos tributos suportados pelo consumidor final. A professora Misabel Abreu Machado Derzi explica o porquê:

É que nos impostos incidentes sobre a importação, a produção e a circulação, o sujeito passivo que recolhe os tributos aos cofres públicos (o industrial ou o comerciante), transfere a um terceiro, o consumidor final, os encargos tributários incidentes. Tornar-se-ia muito difícil, senão impossível, graduar o imposto sobre produtos industrializados ou sobre operação e circulação de mercadoria de acordo com a capacidade econômica das pessoas que adquire o produto ou a mercadoria para o consumo. Por isso a Constituição Federal, seguindo a melhor doutrina, fala em pessoalidade sempre que possível e estabelece em substituição o princípio da Seletividade para o imposto sobre produtos Industrializados e para o Imposto sobre Operações e Circulação de mercadorias e Serviços.<sup>34</sup>

De fato, fazer incidir a capacidade econômica subjetiva por meio da graduação de alíquotas progressivas nos impostos que oneram o consumo é inviável na atual conjuntura, porque o Estado não conseguiria graduar as alíquotas no momento em que o consumidor de baixa renda estivesse adquirindo a mercadoria. Nesse sentido, assevera Aliomar Baleeiro:

(...) a graduação dos impostos, como regra geral, limitada apenas pelas possibilidades práticas, para aplicação ao maior número possível de contribuintes, atentas às condições personalíssimas de cada um destes, representa a conjugação de dois ásperos problemas de técnica fiscal, já que os tributos ensejam maior ou menor tolerância à progressividade e à personalização.<sup>35</sup>

Nos tributos indiretos, como visto, o contribuinte de direito, comerciante, repassa ao contribuinte de fato, consumidor final, o imposto pago, somente sendo possível determinar quem efetivamente arcará com o ônus tributário no momento da compra, de maneira que o Estado não conseguiria estabelecer alíquotas diferenciadas para um sujeito que, em um primeiro momento, sequer pode ser determinado.

Impõe-se, pois, reconhecer a inviabilidade de aplicação da pessoalidade nesse momento, o que poderia levar a crer que o princípio da seletividade seria o único meio de atenuar o problema. No entanto, conforme já pontuado por esta pesquisa, quando da análise do ordenamento jurídico canadense, há uma outra possibilidade. Constatada a inviabilidade fática de se adotar alíquotas progressivas, deve-se considerar a possibilidade de se restituir progressivamente o valor pago.

Conclui-se, nesse sentido, que é sim viável a aplicação da capacidade econômica subjetiva ao ICMS, não mediante o estabelecimento de alíquotas progressivas no momento da compra da mercadoria, mas sim por meio da restituição do imposto incidente sobre a operação

<sup>34</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7.ed. rev. e complementada à luz da Constituição de 1988 por Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 694.

<sup>35</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualizado por Misabel de Abreu Machado Derzi. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1103.

de compra e venda aos que não possuem expressão de riqueza. Nos moldes do crédito GST canadense, a via da restituição surge como uma alternativa para a concreção do princípio capacidade subjetiva aos tributos indiretos.

### **5.1.3 PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE: PROBLEMAS DA APLICAÇÃO**

A seletividade consiste em técnica de projeção de alíquotas menores em função da essencialidade dos produtos. Assim, quanto mais essencial é a mercadoria ou o serviço, menores deverão ser as alíquotas aplicadas. Por sua vez, quanto mais supérfluo, maior será a alíquota.

Há dois problemas na aplicação do princípio da seletividade: (i) pressupõe-se que o legislador é hábil a escolher quais os bens são essenciais para a existência de uma vida digna; e (ii) não se consegue atenuar satisfatoriamente a regressividade dos impostos indiretos.

Ao tratar sobre a aplicação da capacidade contributiva aos impostos indiretos, leciona Sacha Calmon:

Nos impostos que repercutem (chamados de “indiretos” ou de “mercado”) entra em cena o contribuinte de fato, diferente do de jure e a capacidade contributiva realiza-se imperfeitamente. É o caso das alíquotas menos gravosas do IPI e do ICMS. Supõe-se que os de menor renda (contribuintes de fato) consomem artigos necessários tão somente a uma existência sofrida, e, por isso, as alíquotas são reduzidas, ou mesmo isenções são dadas. Ocorre que tanto compra feijão José da Silva quanto Ermírio de Moraes, com o rico industrial se beneficiando dos favores pensados para José.<sup>36</sup>

A situação ilustrada pelo professor Sacha Calmon demonstra como o critério da seletividade mostra-se muitas vezes injusto. Ao estabelecer alíquotas diferenciadas, o legislador toma para si o poder de escolher sobre quais bens a carga tributária será reduzida. No entanto, na prática, a escolha dos bens essenciais para uma existência digna é muito subjetiva, depende de cada indivíduo. É influenciada por uma série de fatores, tais quais: gênero, personalidade, faixa etária, gostos culturais, dentre inúmeros outros imprevisíveis em um primeiro momento.

Para uma criança, por exemplo, um brinquedo poderia ser considerado essencial, já que na percepção de vida dela, brincar é a coisa mais importante. Por outro lado, esse mesmo brinquedo que a criança deseja adquirir, para um adulto possivelmente não teria nenhuma utilidade. Assim, no exemplo apresentado, é necessário refletir se é realmente justo deixar ao alvedrio do legislador determinar alíquotas extremamente elevadas para a mercadoria “brinquedo”, por acreditar que não seria essencial para a vida das pessoas.

No sistema atual, a liberdade de consumo dos indivíduos de baixa renda vem sofrendo severas limitações, na medida em que só terão acesso facilitado aos bens que o legislador entendeu por bem estabelecer alíquota reduzida e, caso desejem consumir outra mercadoria fora disso, deverão arcar com uma carga tributária elevada e não condizente com sua capacidade contributiva.

A seletividade, na realidade, impõe aos consumidores de baixa renda uma vida extremamente regrada. Por outro lado, mesmo que o legislador fosse capaz de garantir

---

<sup>36</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 83.  
60

existência digna por meio da escolha de quais bens são essenciais, o que se demonstrou não ser possível, ele não conseguirá atenuar de maneira satisfatória o efeito regressivo.

Basta analisar a legislação tributária, RICMS/2002 – parte geral, presente no site da Secretaria da Fazenda de Minas Gerais para visualizar a situação descrita.<sup>37</sup> O art. 42 do regulamento do ICMS descreve as alíquotas incidentes para cada grupo de mercadorias. O inciso I, alínea a.7, por exemplo, estabelece a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) nas operações e prestações internas com perfumes e cosméticos. Essa mesma alíquota (de vinte e cinco por cento) também é prevista para “bebidas alcoólicas” e é uma das mais altas da tabela.

Ao estabelecer essa alíquota, o legislador pressupôs que produtos de perfumaria são tão supérfluos a ponto de prever para eles a mesma alíquota das bebidas alcoólicas, item que se objetiva reduzir o consumo. No entanto, é cediço que mesmo a população de menor poder aquisitivo deseja e muito provavelmente irá adquirir produtos de perfumaria e, prever o contrário, seria impor uma vida extremamente regrada a essa população.

Em outro momento, o legislador prevê uma alíquota de 12% nas operações e prestações com a mercadoria “elevadores”, mesmo percentual previsto para as operações com produtos como arroz, feijão e fubá e caderno escolar. Pelo exemplo, nota-se que o legislador pode se valer de critérios randômicos para estabelecer alíquotas.

Convém, ainda, analisar outro exemplo: incidirá, nas operações YOUNG, Doug de prestações internas, alíquota de 12% com relação às seguintes mercadorias: arroz, feijão, fubá de milho, farinha de milho e farinha de mandioca, quando de produção nacional (b.1) absorvente higiênico feminino, papel higiênico folha simples, creme dental e escova dental, exceto elétrica, a bateria, a pilha ou similar.

Ora, mesmo com a incidência de uma alíquota teoricamente reputada “baixa”, de 12%, o efeito regressivo ainda não é eliminado, porque ao repassar o imposto para a população sob a mesma alíquota, independente da capacidade econômica do consumidor final, o efeito regressivo do ICMS subsiste.

Para quem vive na miséria, qualquer quantia é relevante, de forma que se configura desarrazoado que essas pessoas suportem o mesmo ônus tributário em comparação àquelas que possuem expressão de riqueza muito mais significativa.

Por sua vez, o ordenamento jurídico canadense propôs uma maneira de concretizar a pessoalidade sem que o legislador promova essa indevida ingerência na vida dos contribuintes.

Repisa-se, o presente trabalho defende que a disciplina infraconstitucional sobre os impostos que oneram o consumo deve refletir uma densificação mais sólida dos princípios constitucionais, em atenção ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional.

Comprovou-se que o princípio da capacidade econômica, principalmente subjetivamente considerado, é de aplicação obrigatória a todos os impostos e que o princípio da seletividade não é suficiente para garantir uma existência digna às pessoas e não atua de forma eficiente na erradicação da miséria.

---

<sup>37</sup> Disponível em: <[http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao\\_tributaria/ricms/partegeral2002.pdf](http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/ricms/partegeral2002.pdf)>.

## **5.2 COMPARAÇÃO ENTRE O GST CANADENSE E O ICMS BRASILEIRO**

Esse tópico objetiva comparar o GST canadense com o seu correspondente no Brasil, o ICMS, desvendando se o reembolso instituído para o primeiro seria viável também para o segundo.

Há muitas semelhanças entre esses impostos de forma que é razoável afirmar que são espécies tributárias equivalentes, é dizer, em uma perspectiva do direito comparado, o GST tem como correspondente no Brasil o ICMS.

Sabe-se que o ICMS incide sobre operações de circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação brasileiro. Por sua vez, o GST recai sobre quase todas as operações com mercadorias e serviços canadenses.

É de se observar que o GST é mais abrangente que o ICMS, porquanto além de recair sobre as operações com mercadorias, também incide genericamente sobre as prestações de serviços, enquanto o ICMS recai apenas pontualmente sobre determinados serviços (transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação) e genericamente sobre as operações com mercadorias.

Apesar de não compartilharem de hipótese de incidência idêntica, o mais amplo, GST, abarca todas as hipóteses do mais restrito, ICMS, razão pela qual o raciocínio desenvolvido para entender a dinâmica do GST é semelhante ao utilizado para o ICMS: ambos tem como pressuposto operações de circulação de mercadoria ou a prestação de serviços. Foram criados para onerar o consumidor final e são naturalmente regressivos.

## **5.3 VIABILIDADE DE REEMBOLSO DO VALOR DO ICMS PAGO PELO CONSUMIDOR DE BAIXA RENDA**

Não se nota no Brasil discussões doutrinárias a respeito da possibilidade de devolução dos valores correspondentes ao ICMS embutidos nos preços das mercadorias e repassados ao consumidor final. Basicamente, o ordenamento jurídico brasileiro tenta solucionar o problema da regressividade a partir da aplicação do princípio da seletividade, segundo o qual as alíquotas de ICMS devem ser graduadas conforme a essencialidade dos bens de consumo.

Assim, ao reconhecer a impossibilidade fática de se graduar o imposto sobre produtos industrializados ou sobre operação e circulação de mercadoria segundo a capacidade econômica das pessoas que adquirem o produto ou a mercadoria para o consumo, a doutrina majoritária lança mão do princípio da seletividade como mecanismo para suavizar a injusta regressividade desses impostos.

No entanto, observando as reformas implementadas no Canadá, o presente trabalho coloca sob debate a eficiência da seletividade para corrigir a regressividade dos impostos aqui tratados. Despontando-se, nessa linha de raciocínio, a ideia de que promover o reembolso dos valores trasladados aos consumidores de baixa renda, nos moldes do Sistema de Crédito GST, mostra-se uma alternativa mais coerente com a ideia de capacidade contributiva que a Seletividade.



## 5.4 POSSIBILIDADE JURÍDICA E FÁTICA DE REEMBOLSO DO ICMS NO BRASIL

Primeiramente, há que se reconhecer que não existem impedimentos legais para que uma reforma como essa ocorra. Pelo contrário, o ordenamento jurídico brasileiro fomenta iniciativas nesse sentido: afinal, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, expressamente consagrado no art. 3º da Constituição, erradicar a pobreza.

A distribuição justa da carga tributária é essencial para alcançá-lo: ora, é injusto e acentua a pobreza o fato de os mais pobres arcarem proporcionalmente mais com os impostos que oneram o consumo. Nesse sentido, o combate à pobreza possui guarida na Constituição e as iniciativas com esse objetivo são expressamente fomentadas pelo ordenamento constitucional.

No que diz respeito à viabilidade fática, a política de reembolso do encargo econômico repassado aos consumidores de baixa renda com relação aos impostos que oneram o consumo poderia ser estabelecida de acordo com as informações declaradas anualmente à Receita Federal, de modo semelhante ao implantado no Canadá.

Ademais, o êxito da medida dependeria de uma maior transparência por parte do Poder Público, no sentido de promover um programa oficial de conscientização sobre a carga tributária incidente no preço pago pelos consumidores finais e sobre o direito destes, atendidos certos e determinados requisitos, a pleitear o seu reembolso.

Não se ignora que interesses escusos poderiam obstar a adoção de sistemática similar à canadense. Isso porque, como é cediço, o governo brasileiro ainda adota práticas populistas, no intuito de, por meio de programas sociais, cativar o apoio da população de baixa renda, com forte interesse eleitoral.

No entanto, a partir do momento em que essas políticas se revelarem não mais como um mero favor do governo, descompromissado das missões que lhe foram constitucionalmente outorgadas, mas sim como verdadeiro e legítimo instrumento de realização da justiça fiscal pela densificação dos princípios da capacidade contributiva e da solidariedade, isso, além de contribuir significativamente para o combate à pobreza, concorrerá para a moralização política do país.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo do pressuposto de que o direito tributário pode ser um eficiente instrumento de combate à pobreza no Brasil, a pesquisa apresentada foi desenvolvida com o objetivo de demonstrar que a disciplina infraconstitucional sobre os impostos que oneram o consumo deve refletir uma densificação mais sólida dos princípios constitucionais, especialmente do princípio da capacidade contributiva.

Ainda, foi aqui estabelecida uma comparação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o canadense no que tange à temática, para responder à seguinte questão: seria possível fazer incidir o princípio da capacidade contributiva aos tributos indiretos para que a distribuição do ônus tributário seja mais justa?

A fim de responder à indagação, foi descrito o instituto do *GST Credit* implementado pelo governo canadense. A partir da análise, a pesquisa reuniu substrato suficiente para responder à indagação acima: naquele país encontrou-se uma maneira eficiente de garantir a observância da capacidade contributiva sobre o *Good and Services Taxes*, que é

um tributo indireto. As estatísticas governamentais demonstraram que o sistema de reembolso mostrou-se eficaz para atenuar a regressividade.

Discorreu-se acerca dos princípios da capacidade contributiva, da isonomia e da seletividade no ordenamento jurídico pátrio, apurando-se que, apesar do elevado grau de comprometimento jurídico constitucional com uma tributação distributiva, mais justa, o Estado brasileiro atua exatamente no sentido oposto.

Constatou-se que a legislação brasileira atual, em sentido oposto à canadense, procura minimizar o efeito regressivo provocado pelos impostos indiretos por meio da aplicação do princípio da Seletividade. No entanto, conclui-se que o critério da essencialidade é falho tendo em vista que: (i) o sistema tributário nacional, apenas com a adoção da seletividade, mantém-se extremamente regressivo e injusto (vejam-se novamente os gráficos de distribuição do ônus tributário dos tributos indiretos); (ii) o critério não leva em consideração a subjetividade dos consumidores com relação ao que é essencial para a vida de cada um, restringindo-lhes a liberdade de escolher a ordem de prioridade dos bens que desejam consumir.

Assim, comprovou-se que a seletividade, por si só, é insuficiente para que o mandamento constitucional insculpido no art. 145 da Carta Republica seja atendido com relação aos impostos indiretos. Uma via alternativa, demonstrada aqui pela perspectiva do direito comparado, seria a adotada no sistema jurídico canadense, consistente na devolução do valor embutido nos preços das mercadorias, e repassado ao consumidor de baixa renda, a título de imposto que incidiu sobre o consumo.

Assim como no Canadá, conclui-se pela importância de se prever mecanismos alternativos, que não o da seletividade, para distribuir justamente a carga tributária entre os brasileiros com o objetivo de erradicar a miséria no país. Consigne-se que não se está defendendo a cópia do sistema canadense para o Brasil, porque existem diferenças de toda sorte entre os dois países. Pretende-se, na realidade, plantar a semente, para que a ideia floresça em nosso país.

Respondendo diretamente às perguntas, os estudos aqui apresentados demonstraram ser possível fazer incidir a capacidade contributiva aos tributos indiretos, mas não pela previsão de alíquotas diferenciadas da forma como é previsto, por exemplo, para os impostos diretos e pessoais, notadamente o Imposto de Renda. Constatou-se que, a exemplo do que foi desenhado para o ordenamento jurídico canadense, é possível atender esse mandamento constitucional pelo reembolso do valor do tributo que incidiu sobre o preço da mercadoria e foi suportado pelo consumidor de baixa renda.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Henrique Napoleão. Tributação e injustiça social no Brasil. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 133, jun. 2012.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11.ed. Atualizado por Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7.ed. rev. e complementada à luz da Constituição de 1988 por Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 5.ed. São Paulo: Noeses, 2010.

BORGES, José Cassiano. *Manual de operações e prestações com impostos indiretos*. São Paulo: Esplanada, 1994.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 423.768. Relator: Ministro Marco Aurélio. Informativo 433 do STF. São Paulo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo433.htm>> Acesso em: 31 abr. 2013.

CANADÁ. *Survey of Labour and Income Dynamics, Statistics Canada- Catalogue n. 75-001- XIE*, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHAWLA DE RAJ K. *THE GST CREDIT*. Canadá, 2003.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

COMMITTEE, Evidence, 2nd. Session, 40th Parliament, Meeting n. 9, march. 10, 2009.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana*. São Paulo: Saraiva, 1982.

ERNST and YOUNG; YOUNG, Doug. *Goods and services tax: the complete guide*. Toronto: Ernst and Young. The Canadian Institute, 1990.

IPEA. Comunicado 92. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/comunicado92>>.

IPEA. Relatório de observação dos indicadores de equidade do Sistema Tributário Nacional, 2009. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/0906\\_Indicadores\\_de\\_Equidade\\_Sistema\\_TN\\_Relatorio\\_Observacao\\_01.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/0906_Indicadores_de_Equidade_Sistema_TN_Relatorio_Observacao_01.pdf)>. Acesso em: fev. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

YOUNG, Doug. *The GST and low income Canadians: this won't hurt a bit*. 2003.

ZOCKUN, Maria Helena. Aumenta a regressividade dos impostos no Brasil. *Informações – FIPE*, n. 297, 2005.



# SUSPENSÃO COMPULSÓRIA DE AÇÕES INDIVIDUAIS NA PENDÊNCIA DE AÇÕES COLETIVAS DE MESMA TEMÁTICA: instrumento de racionalização e efetividade da tutela jurisdicional

TEREZA CRISTINA SORICE BARACHO THIBAU\*

ALANA LÚCIO DE OLIVEIRA\*\*

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A litigiosidade em série e a relação entre demandas coletivas e individuais. 3 A suspensão de demandas individuais na pendência de ação coletiva de mesma temática e a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.110.549-RS (2009). 4 Críticas e conclusões.

## 1 INTRODUÇÃO

O processo atualmente dirige suas atenções à edificação de seu caráter instrumental e sua adequação às novas realidades sociais constatadas, com um sistema processual arquitetado sob os paradigmas da socialização e da justiça.

O referencial teórico elementar a que se remete, capitaneado por Cappelletti (1991), é o acesso à justiça enquanto um movimento amplo em prol da afirmação do caráter instrumental e socializante do processo. É da essência desse movimento a concepção do processo como um instrumento de realização efetiva, pronta, célere e pouco onerosa dos direitos subjetivos violados ou ameaçados de violação. Comunga-se da noção de um processo a serviço de metas não apenas legais, mas também sociais e políticas.

Nesse contexto, dada a perspectiva atual de múltiplas formas de litigiosidade, dentre elas as demandas repetitivas, a técnica processual (instrumento ou meio formal de solução de conflitos individuais e/ou coletivos) preocupa-se em erguer mecanismos diferenciados para a proteção das diversas naturezas de direitos, implementando o acesso à justiça e rompendo com o modelo tradicional de processo e com esteio na realização do direito material e na célere resolução dos conflitos.

Um dos mecanismos erigidos em âmbito jurisprudencial<sup>1</sup>, cuja lógica repousa no enfrentamento da litigiosidade em repetição, é a suspensão compulsória ou *ex officio*<sup>212</sup> de

\* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora associada da Universidade Federal de Minas Gerais. Vice Diretora da Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

\*\* Procuradora do Estado de Minas Gerais. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho.

<sup>1</sup> Decisão emblemática foi proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº1.110.549/RS, cuja relatoria foi conferida ao Ministro Sidnei Agostinho Beneti, que manteve decisão judicial

ações individuais repetitivas<sup>3</sup> na pendência de ações coletivas<sup>4</sup> com mesma temática, mesmos fundamentos de direito ou correspondentes.

Trata-se de criação jurisprudencial que suspende *ex officio* e incidentalmente ações individuais repetitivas em prol da decisão a ser proferida em sede de ação coletiva, cujo debate repouse em mesmos fundamentos jurídicos (*macrolide*<sup>5</sup>). O mecanismo almeja a extensão subjetiva da coisa julgada coletiva e a solução isonômica e célere dos conflitos individuais repetitivos.

Uma vez que as decisões proferidas em sede de ação coletiva têm a qualidade de imprimir reflexos a um maior número de pessoas (determinadas ou não) e, assim, o potencial, de soluções mais equânimes e democráticas; receberam da jurisprudência um atribuição para além de sua essência<sup>6</sup>, despontando como um mecanismo processual de enfrentamento do fenômeno da litigiosidade em repetição.

O entendimento esposado pela justiça brasileira faz emergir a temática do caráter socializante<sup>7</sup> do processo coletivo, erguendo questionamento acerca de sua essência de interesse público<sup>8</sup>, além de indicar uma relação de prejudicialidade entre as demandas coletivas e individuais simultâneas e correspondentes.

A ausência de uma apreciação doutrinária extensa e multifacetada sobre o tema, sua confrontação com os escopos do processo e os novos contornos de garantias fundamentais precedentes judiciais coletivos, bem como os reflexos que a medida gera por sobre institutos processuais como conexão, continência, litispendência e coisa julgada coletiva, destacam a relevância da temática abordada nesta ocasião.

---

que ordenou a suspensão de diversas ações individuais repetitivas, na pendência do julgamento de ação civil pública de mesma temática. O julgamento se deu em 28/10/2009 e o acórdão foi publicado em 14/12/2009. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1110549&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8>>.

<sup>2</sup> A expressão latina foi empregada por Fredie Didier, 2010, p. 186.

<sup>3</sup> Fredie Didier define ações repetitivas como sendo aquelas ações concomitantes cuja causa de pedir remota é bastante parecida e a causa de pedir próxima é um direito de mesma natureza (2010, p. 193).

<sup>4</sup> Adota-se a expressão “ações coletivas” com fulcro nas lições de Barbosa Moreira que a emprega aludindo à matéria litigiosa e não a estrutura subjetiva do processo. Assim sendo, o traço fundamental das ações coletivas assenta-se na provocação judicial por iniciativa de uma única pessoa que intenta tutelar interesses metaindividuais (1979, p. 187). Nesta perspectiva e com vistas voltadas à matéria objeto de lide, é que parte da doutrina utiliza-se das expressões *ações coletivas* e *processo coletivo* indistintamente, entre eles Fredie Didier, 2010, p. 43.

<sup>5</sup> A expressão foi criada pelo Ministro Sidney Agostinho Beneti, do Superior Tribunal de Justiça, e refere-se à pretensões repetitivas (individuais ou coletivas) cujos fundamentos e motivos dos julgados mesclam-se. (2009).

<sup>6</sup> A ação coletiva é meio ou instrumento de tutela processual dos direitos ou interesse transindividuais ou essencialmente coletivos.

<sup>7</sup> Ricardo de Barros Leonel assevera que o processo coletivo tem intensa dimensão política, pois o equacionamento dos conflitos a ele relativos implica em escolhas políticas, trazendo à sociedade a possibilidade de influir em decisões fundamentais do Estado através do exercício da jurisdição coletiva. (2002).

<sup>8</sup> Refere-se ao entendimento segundo o qual o processo coletivo se serve às demandas judiciais que envolvam interesses referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade, ou seja, defesa de interesses públicos primários (DIDIER JR., 2010).

O termo *interesse público* é equívoco e passível de divergências conceituais. Não obstante, assenta-se que o único interesse público legítimo é aquele que coincide com os interesses da coletividade delimitados pelo paradigma normativo da ordem jurídica. Nesse sentido, o interesse público a que se refere é o interesse público primário e nunca o interesse público secundário, enquanto vontade egoística da administração pública momentaneamente instalada. Desta feita, a primazia do interesse público atualmente, a despeito de imperiosa, demanda a ponderação de valores e aplicação da proporcionalidade, a fim de se fixar o interesse social prevalente. (CARVALHO, 2008).

De se frisar, ademais, a inserção do tema nas mesas de debates dos projetos de lei reformadores do processo civil e a perspectiva de alteração legislativa. Isto porque, o mecanismo de suspensão compulsória de ações individuais em primazia de ações coletivas *isomórficas*, ou *ações pseudo-individuais*<sup>9</sup> encontra-se previsto no projeto de reforma do Código de Processo Civil<sup>10</sup>, quando da instituição do instrumento do incidente de coletivização.

O alvo do presente artigo é analisar, tendo como perspectiva a primazia das ações coletivas enquanto processo de interesse público primário, se o mecanismo de suspensão compulsória ou *ex officio* de ações individuais em prevalência de ações coletivas correspondentes é instrumento hábil, adequado e eficaz ao enfrentamento das lides de massa, sob o manto da garantia fundamental de acesso à justiça e da duração razoável do processo.

## **2 A LITIGIOSIDADE EM SÉRIE E A RELAÇÃO ENTRE DEMANDAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS**

Na atualidade, resta configurada a relevância do movimento de acesso à justiça e de sua conformação às atuais demandas sociais, na busca pela edificação do caráter instrumental e social do processo.

Pedro Lenza (2005), concluindo que a fase autonomista e conceitual do processo é movimento sedimentado, afiança que se deve debruçar sobre a fase instrumentalista do processo, destacando a preocupação dos estudiosos com a qualidade e a eficiência do *serviço prestado*.<sup>22</sup>

Não há debate profícuo acerca de mecanismos de implementação do acesso à justiça sem o conhecimento das diversidades sociais e econômicas da contemporaneidade e da amplitude de conflitos que geram.

Mauro Cappelletti (1977) ensina que a complexidade da sociedade moderna, com intrincado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos a interesses de um grande número de pessoas. Esse fenômeno é frequente e faz surgir debates desconhecidos às lides meramente individuais.

A feição da litigiosidade moderna migrou de simplista e individualista, para a face das lides concernentes à coletividade, à litigiosidade de massa e à repetição de demandas. (Moreira, 1991).

A partir dessa perspectiva, Sergio Menchini, citado por Theodoro Júnior, Nunes e Bahia (2009), sistematiza a múltipla litigiosidade moderna classificando-a em três grandes grupos: litigiosidade individual, litigiosidade coletiva e, por último, a litigiosidade de massa.

---

<sup>9</sup> Termo empregado por Kazuo Watanabe (WATANABE, 2006, p. 30).

<sup>10</sup> O incidente de resolução de demandas repetitivas foi inserido no Capítulo VI, Livro III (Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais), Título I (Da ordem dos processos e dos processos de competência originária do Tribunal) do Projeto de Lei nº 8046/2010, Projeto do Novo Código de Processo Civil, apresentado pela Comissão de Juristas presidida pelo Min. Luiz Fux e instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009. O novel instituto está descrito nos artigos 997 a 1009.

<sup>11</sup> Na visão de Mauro Cappelletti, que pretende o sistema processual examinado a partir da perspectiva do consumidor (consumidor do serviço jurisdicional), a tônica no acesso à Justiça, com incremento à ação nada tem do denunciado privatismo: ao contrário, tudo se passa com vistas a uma postura solidária no trato do processo civil e ao estabelecimento de um novo método de pensamento, "capaz de transformar completamente temas e modos da análise científica do jurista moderno" (cfr. Cappelletti, "Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero", n.5, p.76), citado por Pedro Lenza, 2005, p. 118).

A litigiosidade individual versa sobre alegações de lesões e ameaças a direito interpessoais e isoladas.

A litigiosidade coletiva envolve direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, nos quais tutelados por intermédio de procedimentos coletivos, normalmente patrocinados por legitimados *extraordinários*<sup>12</sup>. Trata-se da razão de ser do processo coletivo, que nasce para a tutela de interesses ou direitos<sup>13</sup>, cuja essência transcende a esfera jurídica do indivíduo singularmente considerado, afetando, a um só tempo, uma coletividade, determinada ou não.

Não há como dissociar o surgimento do processo coletivo do próprio fenômeno da massificação da sociedade, uma vez que é essa realidade social que faz evidenciar direitos coletivos e a demanda por sua adequada tutela jurisdicional.

Por fim, o terceiro tipo de litigiosidade – de massa – é aquela que desponta em direitos individuais homogêneos, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam fundamentos jurídicos comuns para a resolução da causa.

A atividade econômica moderna e a distribuição de bens em série conduzem à insuficiência do Judiciário para atender ao crescente número de feitos que, muitas das vezes, repetem situações pessoais idênticas, acarretando a tramitação paralela de significativo número de ações coincidentes em seu objeto e na razão de seu ajuizamento (CUNHA, 2010). Por vezes, têm-se ações individuais e coletivas com mesma temática tramitando concomitantemente, subjungidas a uma mesma infraestrutura judicial limitada e insuficiente, inviabilizando, em última análise, o próprio acesso à justiça sob a perspectiva da segurança jurídica e da celeridade processual.

A litigância em série e repetitiva é, portanto, um fenômeno intrínseco à realidade social contemporânea, o que faz certa a necessidade de criação de mecanismos processuais vocacionados a lhes conferir solução jurisdicional adequada e efetiva, de modo a afirmar o caráter instrumentalista do processo, garantir a efetividade do processo e o acesso à justiça.

Nessa conjuntura, o mecanismo processual de suspensão compulsória ou *ex officio* de ações individuais repetitivas em prol da extensão da solução judicial a ser prolatada em ação coletiva mostra-se tema de suma relevância no âmbito do processo coletivo, seja pela ausência de previsão legal<sup>14</sup>, seja pela contenda acerca das relações entre processo coletivo e processo individual.

Kazuo Watanabe (2006) discorre acerca da essencialidade do debate sobre a coexistência de ações coletivas e individuais e pugna pela inadmissibilidade de ações individuais incindíveis ou repetitivas, ou seja, cuja pretensão, a par de ser divisível e a

---

<sup>12</sup> Ressalvada vênua à concepção de que a legitimidade das ações coletivas tem caráter extraordinário, tem-se entendimento doutrinário abalizado no sentido de não se tratar de legitimação extraordinária, mas sim de legitimação autônoma. Cite-se, à título de ilustração Antônio Gidi, 1995, p. 16.

<sup>13</sup> Opta-se pelo posicionamento de Ricardo de Barros Leonel (2002) para quem a distinção entre direitos subjetivos e interesses jurídicos é improfícua e irrelevante do ponto de vista do processo. Sendo assim, a despeito de preferências conceituais, acompanha-se o entendimento de que não há equívoco no uso indistinto dos termos “direitos” ou “interesses” coletivos.

<sup>14</sup> Não se descuida das prescrições dos artigos 285 A, 543 e 544 do Código de Processo Civil que intentam a extensão de decisões judiciais erigidas ao patamar de paradigmas para a solução das lides repetitivas. Entretanto, afirma-se que diferenciam-se do que se propôs com a suspensão compulsória de julgados coletivos a lides individuais repetitivas pelo norte de primazia que esse mecanismo confere ao processo coletivo.



titularidade ser determinável, tem como efeito a esfera jurídica da coletividade, demandando decisão uniforme. Funda sua lição na afirmação de que a manutenção dessas ações individuais que repetem teses jurídicas e, por vezes, fatos comuns, representa denegação da justiça pela reprodução de contradições.

Dessa feita, as ações individuais que veiculem a mesma pretensão da ação coletiva ou de uma outra ação individual com mesmo escopo, são inadmissíveis na origem. Assim, valiosas as palavras de Aloísio Gonçalves de Castro Mendes, citado por Dierle Nunes (2010), que afirma:

“Os processos coletivos não podem permanecer perdidos e misturados a outras centenas ou milhares de processos individuais, gozando, na prática, de idêntico valor, e sendo-lhes atribuídos os mesmos recursos humanos e materiais, e o tempo despendido para os processos coletivos representam investimento em benefício da própria saúde do Poder Judiciário, que só poderá dar vazão aos conflitos de massa que lhe chegam, se enfrentados e processados coletiva, molecularizada e conjuntamente, e não de modo disperso e contraproducente.”

Nesse mesmo norte, Leonardo José Carneiro da Cunha (2010) já atentou para o fato de que as demandas repetitivas devem se orientar pela necessidade de adoção de mecanismos de uniformização de jurisprudência, a fim de que sejam atendidas as necessidades de isonomia e de segurança jurídica.

Inquestionável, portanto, que o enfrentamento das diversas formas de litigiosidade, a par de outras soluções possíveis, demanda o debate e a firme criterização das relações entre demandas individuais e coletivas simultâneas e repetitivas.

Impõe-se, portanto, a questão de solucionar os óbices do acesso efetivo à justiça, especialmente no que tange ao tratamento das ações repetitivas e reafirmar o caráter socializante do processo coletivo ou a importância social das demandas coletivas. Tal desígnio faz sobrelevar em importância o estudo acerca das consequências jurídicas advindas do mecanismo jurisprudencial de suspensão compulsória ou *ex officio* de ações individuais, em prol da extensão da solução jurídica a ser alcançada em processo coletivo, mostrando-se o tema premente no âmbito do processo coletivo, vez que redefine as relações entre demandas coletivas e demandas individuais correspondentes.

### **3 A SUSPENSÃO DE DEMANDAS INDIVIDUAIS NA PENDÊNCIA DE AÇÃO COLETIVA DE MESMA TEMÁTICA E A DECISÃO PROFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.110.549-RS (2009)**

De certo que a possibilidade de suspensão das ações individuais na pendência de ações coletivas correspondentes já se encontra albergada em nossa legislação, consoante prescrição do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor. Nos termos da citada prescrição legal, permite-se o pedido de suspensão da ação individual a fim de que seu autor possa ser beneficiado com o resultado de uma ação coletiva correspondente em tramitação. É o que se chama de transporte *in utilibus*<sup>15</sup> da coisa julgada coletiva para o plano individual.

---

<sup>15</sup> O termo em latim é empregado âmbito do processo coletivo, entre os autores que o adotam está Antônio Gidi (1995, p. 187).

O artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor formaliza o mecanismo de suspensão legal e facultativa de ações individuais com vistas à extensão subjetiva da coisa julgada coletiva. A ausência de requerimento significará a exclusão do indivíduo dos efeitos da sentença coletiva, também chamado de *right to opt out* (DIDIER JR., 2010, p. 182) ou direito de optar por ser excluído.

Assim pelo Código de Defesa do Consumidor, tanto para litígios que debatam direitos se qualifiquem como direitos coletivos em sentido estrito, quanto os litígios que abarquem direitos individuais homogêneos permitem o exercício da faculdade suspensão das ações individuais em prol da solução coletiva.

Solução diversa, no entanto, foi conduzida pela jurisprudência que determinou a suspensão *ex officio* e compulsória de ações individuais repetitivas na pendência de ações coletivas que alberguem a *Macrolide*<sup>16</sup> em debate, ou seja, pretensões cujos fundamentos e motivos do julgado podem ser mesclados nas quais os contornos transmigram entre os autos dos processos e se espraiam a todos os processos e, assim, com uma tese jurídica idêntica.

Trata-se do novel propugnado pelo Recurso Especial nº 1.110.549-RS (2009)<sup>17</sup>, relatado pelo então Ministro do STJ, Sidnei Agostinho Beneti, em que se decidiu, por maioria de votos, pela manutenção de ordem judicial de instâncias primeira que determinou a suspensão de todas as ações individuais pendentes de julgamento em favor de uma única ação coletiva atinente à mesma lide geradora de processos multitudinários.

A ordem judicial prolatada pela instância extraordinária propugnou pela manutenção de decisão judicial proferida pelas instâncias ordinárias que determinaram a suspensão de ação judicial individual da recorrente em prol da extensão da interpretação da tese jurídica a ser definida em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal tese central da decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça no emblemático julgado repousa na identificação de repetição acerca do que convencionou chamar de *Macrolide*, ou seja, pretensões que abarquem interesses ou direitos que, a despeito da possibilidade de tutela individual, possibilitam a identidade de fundamentos e motivos, cujos contornos transmigram entre os autos dos processos, espraiam-se a todos os processos.

De acordo com a decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça, o titular de direito individual não terá mais a faculdade de prosseguir com sua ação individual, já que a suspensão será determinada de ofício pelo magistrado. Essa orientação foi tomada, frise-se, sem lastro em disposição legal expressa no ordenamento jurídico, mas com fulcro em uma interpretação sistemática e teleológica de princípios jurídicos e regras, ensejando a conclusão pela relação de prejudicialidade entre as demandas coletivas e individuais com mesma temática.

---

<sup>16</sup> Repisa-se que a expressão foi criada pelo Ministro Sidney Agostinho Beneti, do Superior Tribunal de Justiça e refere-se à pretensões repetitivas (individuais ou coletivas) cujos fundamentos e motivos dos julgados mesclam-se (2009).

<sup>17</sup> O Recurso Especial foi interposto por Edviges Misléri Fernandes contra Acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Relator Desembargador Sérgio Luiz Grassi Beck), em sede de Agravo Interno no Agravo de Instrumento, confirmando decisão de 1º Grau prolatada em ação movida pela depositante de caderneta de poupança visando ao recebimento de correção monetária cabível em virtude de Planos Econômicos, suspendendo o processo individual dada a existência de ação coletiva antes instaurada. A decisão prolatada na instância extraordinária, ora elevada a paradigma neste trabalho, manteve a ordem judicial de instância ordinária no sentido de suspender as ações individuais repetitivas com vistas à extensão da interpretação jurídica a ser definida em Ação Civil Pública erigida ao patamar de ação coletiva de referência da tese em debate. O entendimento repousou seus lastros na Lei de Recursos Repetitivos (Lei nº 11.672, de 8.5.2008), que alterou o artigo 543 C, do Código de Processo Civil.

De outra sorte, tem-se que a decisão prolatada preservou o direito ao ajuizamento da pretensão individual na pendência da ação coletiva, mas determinou a suspensão, de início (e não apenas na fase recursal), destes processos individuais até o julgamento da ação coletiva que contenha a mesma *Macrolide*, reafirmando, entretanto, a vigência dos artigos 51, IV e parágrafo primeiro, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor. Nasce em nosso ordenamento jurídico, a partir daí, uma nova espécie de suspensão de ações individuais que, quando concomitantes com ações coletivas fundadas em questões de direito idênticas, terão sua suspensão determinada pelo magistrado: a suspensão compulsória ou *ex officio* de ações individuais repetitivas na pendência de ações coletivas.

Essa suspensão compulsória parece ter sua lógica coincidente com a de vários outros mecanismos de coletivização incidental de procedimentos individuais e de transcendência de fundamentos jurídicos, uma vez que envolve pretensões isomórficas em busca da uniformização de jurisprudência e da celeridade processual (NUNES, 2010). Mais ainda, o entendimento promete enfrentar o que o Ministro Sidnei Beneti denominou por *dispersão jurisprudencial* – a perda de qualidade jurisdicional decorrente dos inúmeros julgamentos individualizados das *macrolides*. O mecanismo individualiza-se, no entanto, pelo norte que adota de primazia das ações coletivas, em prol de solução comum para uma pluralidade de controvérsias, erigindo o processo coletivo ao *status* de processo de interesse público, com um reflexo indireto das razões do julgado.

O que o Sidnei Agostinho Beneti definiu como *Macrolide*, coincide, em certa medida, com o que José Carlos Barbosa Moreira convencionou chamar de *lides acidentalmente coletivas* (1991, p. 187). Este último autor, na esteira da doutrina que propõe a superação da dicotomia entre direitos privados e públicos<sup>18</sup>, apresenta uma classificação dos litígios em individuais e coletivos, sendo que os litígios coletivos, por sua vez, desdobram-se em *essencialmente coletivos e acidentalmente coletivos*.

Os litígios *essencialmente coletivos* concernem a direitos cujo traço fundamental está na indeterminação dos titulares, na indivisibilidade do objeto e na possibilidade de representação judicial por um único ente intermediário.

De outro lado, as demandas *acidentalmente coletivas* têm o foco na dimensão coletiva e incidível do problema isolado de cada pessoa, ou seja, o interesse individual assume, no contexto da vida social, um impacto de massa, que transcende o patrimônio jurídico do indivíduo singularmente considerado, afetando a coletividade cujos titulares podem ser determinado. É o que Kazuo Watanabe (2006) chama de *pretensão individual incidível ou ações pseudo-individuais*, com relação às quais, o provimento jurisdicional deve ser uníssono, sob pena de se configurar um *bis in idem*.

Nas palavras de Fredie Didier Jr. (2010), a suspensão compulsória ou *ex officio* de ações individuais em prol da solução judicial proferida em ações coletivas é um grande passo na racionalização do sistema de tutela dos direitos, dando-lhes mais coerência e eficiência.

Essa é a concepção em conformidade com a qual o mecanismo de suspensão *ex officio* de ações individuais, se pendente ação coletiva de mesma temática, tende a despontar

---

<sup>18</sup> Para muitos doutrinadores, entre eles Ricardo de Barros Leonel (2002), os interesses coletivos são uma terceira categoria de interesses, localizados entre o interesse privado e o interesse público, porém mais próximos do interesse público em sua vertente primária. Gregório Assagra de Almeida (2008), por sua vez, propõe uma duplicidade de interesses jurídicos, os privados e os coletivos, vez que os interesses coletivos identificam-se com os interesses públicos primários, ou interesse da sociedade coletivamente considerada.

como um instrumento de enfrentamento de ações repetitivas, mostrando-se em consonância com o movimento atual da processualística em torno da isonômica e da célere solução de conflitos.

Ademais do exposto, pode-se dizer que o mecanismo processual eleva o princípio da isonomia, vez que almeja o fim último de extensão subjetiva da decisão proferida em sede de ação coletiva, combatendo, a seu turno, a contradição e a insegurança jurídica, representando garantia de acesso à justiça (WATANABE, 2006).

Destarte, o novel da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, ora em debate, está em fazer emergir a temática do processo coletivo enquanto processo de interesse público, dado seu caráter de instrumento a favor do interesse público primário erigido pelos grupos sociais e almejado pela sociedade.

Nesse sentido, o processo coletivo, além de se consubstanciar em instrumento de tutela de direitos coletivos em sentido amplo, deve conter em seu conceito o elemento de “*litigação de interesse público*”, senão pela natureza transcendente dos direitos que visa proteger, pela potencialidade de servir à preservação da harmonia e a realização dos escopos constitucionais da sociedade (DIDIER JR., 2010).

#### **4 CRÍTICAS E CONCLUSÕES**

As ações individuais repetitivas afloram a natureza incindível da relação jurídica substancial, porquanto intentam a tutela de demandas individuais que encontram identidade de situações fático-jurídicas, sendo uma ação coletiva, em um juízo de ponderação, mais adequada à finalidade colimada.

Portanto, a suspensão de ações individuais repetitivas no aguardo de decisão coletiva a ser alçada em processo coletivo correspondente, presta-se aos escopos do processo na atualidade, implementando a celeridade do procedimento, bem como a otimização da prestação jurisdicional e da racionalização de julgamentos (WATANABE, 2006).

O mecanismo de suspensão compulsória *ex officio* de ações individuais, na pendência de ações coletivas de mesma temática, com lastro na identidade de fatos e fundamentos jurídicos, e com escopo na primazia ou na prevalência da ação coletiva idêntica, surge como um instrumento eficiente de enfrentamento de ações em massa, mostrando-se em consonância com o movimento atual da processualística em torno do equânime, isonômica e célere solução de conflitos.

Como assevera Fredie Didier Jr. (2010), a suspensão compulsória ou *ex officio* de ações individuais em prol da solução judicial proferida em ações coletivas, é um grande passo na racionalização do sistema de tutela dos direitos, dando-lhes mais coerência e eficiência.

Não obstante, não se pode descuidar das críticas impostas sobre o mecanismo, tecidas com fim de evitar sua configuração como uma ferramenta de busca desmedida pela celeridade e pela economia processuais, resultando na produção de decisões judiciais em escala industrial, nas quais não há análise dos aspectos peculiares de cada caso, somente daqueles tidos como idênticos, desgarradas de nosso modelo constitucional de processo (THEODORO JÚNIOR, 2009).

A preocupação que pode aflorar da aplicação dessa técnica processual se concentra essencialmente na possibilidade de alegação pelos jurisdicionados de negação do direito

subjetivo de ação e, conseqüentemente, de acesso à justiça (artigo 5º, da CR/88), vez que, antes mesmo de lhes ser possibilitado o contraditório e a ampla defesa, serão submetidos à suspensão de sua ação.

A consideração prévia de irrelevância dos fatos peculiares às causas individualmente propostas poderá dificultar eventual conclusão acerca da desvinculação da ação individual e do caso escolhido como representante da tese de direito aplicável às demandas repetitivas.

Se assim for, estaria a referida técnica, cuja fundamentação se firma nas garantias da isonomia, primazia do interesse público primário (processo coletivo) e da celeridade processual, maculando a própria garantia do acesso à justiça?

Bem, a se coadunar com a ideia de se estar diante de medida consentânea com o Estado Democrático de Direito, a aplicabilidade da medida objeto de estudo parece acertada, podendo ser assimilada e aplicada, vez que possui o condão de assegurar tratamento isonômico aos litigantes, reequilibrando as relações de poder, conferindo segurança jurídica, trazendo agilidade ao processo, evitando a fragmentação decisória e a multiplicação de ações idênticas, sem, em nada, ofender o direito subjetivo de ação, vez que impõe a primazia de interesse público.

De toda sorte, na contramão da arbitrariedade, mister que se proponham critérios para sua inclusão e adequação ao sistema jurídico constitucional que vige. Desta feita, desde que respeitadas - a duração razoável da suspensão, a possibilidade de oitiva prévia dos autores da ação individual sobrestada, bem como, a sua intervenção na ação coletiva paradigma na qualidade de *amicus curiae*, além da participação do Ministério Público - mostra-se constitucional a suspensão compulsória *ex officio* de ações individuais em razão da existência de ações coletivas correspondentes, preservando-se o interesse público e a efetividade da justiça, sem, contudo, negar vigência aos princípios constitucionais processuais do contraditório e da ampla defesa (DIDIER JR., 2010).

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo. Superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BAHIA, Alexandre *et al.* Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 177, p. 9-46, nov. 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARMONA, Carlos Alberto. A posição do Juiz: tendências atuais. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 24, n. 96, p. 96-112, out./dez. 1999.

BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e fast-track recursal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 172, p. 9-23, jun. 2009.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2007.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2007.

BRASIL. Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2007.

BRASIL. Projeto de Lei nº 8046, de 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 maio 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 110549/RS. Relator: Ministro Sidnei Beneti. 14 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1110549&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 144-160, jan./mar. 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 129-159, jan./mar. 1977.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Safe, 1988.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. *Substituição processual no processo coletivo: um instrumento de efetivação do Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Pillares, 2006.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: JusPodivm, 2008.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 179, p. 139-174, jan. 2010

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 5.ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Efetividade do processo civil*. Campinas: Bookseller, 2002.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JAYME, Fernando Gonzaga. Obstáculos à tutela jurisdicional efetiva. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 399, p. 95-110, 2008.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Método, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.

LÉPORE, Paulo Eduardo. Extensão subjetiva da coisa julgada no direito processual civil coletivo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 169, p. 9-37, mar. 2009.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.

MANCUSO, Rodolpho de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MANGONE, Kátia Aparecida. A garantia constitucional do contraditório e a sua aplicação no direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 182, p. 362-383, abr. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 184, p. 9-41, jun. 2010.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Do individual ao coletivo: os caminhos do direito processual brasileiro. *Revista de Processo*, ano 33, n. 165, p. 231-254, nov. 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz

e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 37, p. 140-150, jan./mar. 1985.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: *Estudos de direito processual em homenagem a José Rodrigues Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 203-220.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. *Revista Síntese de Direito e Processo Civil*, Porto Alegre, n. 11, p. 5-14, maio/jun. 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: (nona série)* São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 31, p. 199-209, jul./set. 1983.

MORELLO, Augusto M. *El proceso justo: del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*. La Plata: Abeledo Perrot, 1994.

NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 184, p. 109-140, jun. 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 31, n. 137, p.7-32, jul. 2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania e efetividade do processo. *Consulex: revista jurídica*, Brasília, n. 146, p. 55-58, fev. 2003.

PINTO, Fernanda Guedes. As ações repetitivas e o novel art. 285-A do CPC (racionalização para as demandas de massa). *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 150, p. 121-157, ago. 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 78, p. 85-96, abr./jun. 1995.

THEODORO JR., Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 6, n. 36, p. 19-37, jul./ago. 2005.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 43.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1.

THEODORO JR., Humberto. Execução - rumos atuais do processo civil em face da busca de efetividade na prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 24, n. 93, p. 28-44, jan./mar. 1999.

THEODORO JR., Humberto. *As novas reformas do Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JR., Humberto. *O processo civil brasileiro no limiar do novo século*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.



THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 177, p. 9-46, nov. 2009.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. *A legitimação ativa nas ações coletivas: um contributo para o estudo da substituição processual*, 2003. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Recursos repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Resolução 8 do STJ) nos processos coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 33, n. 163, p. 28-49, set. 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 324, p. 7-15, out. 2004.

WATANBE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 139, p. 28-35, set. 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.



## A ADMINISTRAÇÃO CONTRATADA E A UTILIZAÇÃO DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

THAÍSA FERREIRA AMARAL GOMES ESPÍNOLA\*

### SUMÁRIO

1 A administração contratada no ordenamento jurídico brasileiro. 2 A administração contratada como regime de execução indireta. 3 A utilização da taxa de administração pela administração pública em seus contratos. 4 Considerações finais.

A Administração Pública precisa atender às necessidades da coletividade e, para oferecer serviços à população, ou mesmo possibilitar seu funcionamento interno, se vê obrigada a contratar com particulares. Ao longo do tempo novas necessidades de contratação surgem, assim como se altera a dinâmica do mercado exigindo ajustamentos, ou modernização, dos processos e procedimentos da AP. Porém a atuação da AP está vinculada a normas, ela apenas pode fazer o que a lei permite. Por exemplo, um regime de contratação que pode parecer propício em determinada época, pode parecer inadequado em outra, ou carecer de adequações.

Um regime de contratação que era admitido em um período pelo ordenamento jurídico brasileiro que não é mais é o da administração contratada. Entretanto a utilização de taxa de administração como forma de remuneração em contratos administrativos tem sido utilizada com frequência na atualidade, contudo, ao mesmo tempo, seu uso tem sido caracterizado como administração contratada pela jurisprudência do Tribunal de contas da união, o que gera dúvidas nos gestores públicos.

No presente artigo pretende-se fazer uma abordagem geral sobre o regime de administração contratada no ordenamento jurídico brasileiro e a utilização da taxa de administração como forma de remuneração em alguns contratos administrativos.

### 1 A ADMINISTRAÇÃO CONTRATADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A mudança da visão sobre a forma de atuação da Administração Pública surge da crise do Estado Providência, Estado do Bem-estar Social ou *Welfare State*, em que se constatou um crescimento exacerbado de sua engrenagem devido à quantidade de funções assumidas em relação aos direitos de segunda geração, os direitos sociais. Para fornecer os direitos sociais para a sociedade eram necessários recursos, tanto financeiros quanto humanos, culminando em uma forte oneração tributária para financiá-los e no agigantamento da

\* Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Técnica no Gabinete do Secretário Extraordinário da Copa do Mundo. Ex-Diretora de Recursos Humanos na Advocacia-Geral do Estado. Ex-Assessora da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social. Graduada em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro e em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

estrutura administrativa. Era preciso garantir direitos básicos à população, principalmente os de primeira geração, civis e políticos, entretanto não era viável a Administração Pública (AP) prover diretamente os direitos sociais para todos, contrabalanceada com a experiência do Estado Liberal, em que se verificou também que o Estado não poderia ser mínimo, tornando-se ausente quanto à garantia dos direitos sociais. Uma reforma administrativa se fazia necessária, como demonstra Batista Junior (2012a, p. 65-66):

A partir do cume da crise do Estado Providência, por quase todo o mundo desenvolvido já amadurecido em sua fase social, eclodiram iniciativas de reformas no sentido de dotar os Estados de estruturas mais eficientes. Nos países mais pobres, a própria fragilidade dos Estados e das economias provocou a antecipação das crises agudas da AP, mesmo sem ter sequer se firmado qualquer modelo efetivo de Estado Providência. Como verifica Kettl: “Da Coréia (SIC) ao Brasil, de Portugal a Nova Zelândia, a reforma do setor governamental tornou-se um fenômeno verdadeiramente universal”.

Já embebidos pela preocupação com a eficiência da máquina administrativa pública, abandonando a rigidez de modelos ortodoxos burocráticos, em especial da Grã-Bretanha, com o Governo Thatcher, a partir de 1979, e dos Estados Unidos, com o Governo Reagan (1980), partiram pelo mundo diversos e profundos programas de ajustes da AP. Entre muitos, já nos anos 90, podemos citar os ocorridos na Nova Zelândia, na Austrália, na Suécia, ou mesmo na França, a partir do Governo de Michel Rocard.

No Brasil, a partir do Governo de Castelo Branco, em 1967, com o Decreto-Lei nº200, a crise do Estado já obrigara o Governo a se lançar em um reforma que, dentre outras mudanças, trazia um programa de desburocratização e descentralização da AP brasileira (Grifo do autor).

O referido Decreto-Lei nº 200/1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências, instituiu diretrizes de ampla descentralização da execução das atividades da Administração Federal.

Di Pietro (2006) explica que o termo descentralização vem sendo utilizado de maneira equivocada pelo legislador, se confundindo com outros termos, principalmente com a execução indireta. A autora conceitua a descentralização como “[...] a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica, diferindo da desconcentração [...] pelo fato de ser esta uma distribuição interna de competências, ou seja, uma distribuição de competências dentro da mesma pessoa jurídica” (p.401). A autora classifica a descentralização administrativa em três modalidades: 1) territorial ou geográfica; 2) por serviços, funcional ou técnica; 3) por colaboração. Dessa forma, o Decreto-Lei nº 200/1967, quando fala em descentralização em seu artigo 10, §1º só empregou o termo corretamente na alínea “c”, no tocante as concessões, visto que a alínea “a” trata de desconcentração, a alínea “b” de cooperação entre governos para execução de serviços de interesse comum, e a alínea “c”, contratos, execução indireta de obras e serviços por terceiros, demonstrando uma confusão conceitual por parte do legislador (DI PIETRO, 2006).

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões. (Brasil: 1967)

Portanto, o Decreto-Lei nº 200/1967 toma o conceito de descentralização de forma mais ampla, como gênero, no sentido de seletividade, foco e autonomia.

Descentralizar é sinônimo de seletividade ou de focalização, não dos destinatários para melhor atendê-los, mas dos gastos públicos, especialmente na área social para melhor capitalizar recursos. É também sinônimo de transferência de responsabilidades governamentais para o setor privado, em nome da eficiência administrativa e da “moralização” da administração pública, tida como contaminada pelo paternalismo, burocratismo, clientelismo e corrupção (PEREIRA, 1998, p. 121).

Contudo, a atuação da Administração Pública está vinculada às normas em um sentido geral e aos princípios, estando suas ações limitadas às opções legais permitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Os princípios estão contidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 5 de outubro de 1988, que é a lei basilar e soberana do Brasil, servindo de parâmetro de validade a todas as demais espécies normativas, situando-se no topo do ordenamento jurídico. A Carta Magna tem o planejamento como um dever do Estado, e, além dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, tem o princípio da eficiência como princípio norteador da Administração Pública, introduzido na Constituição da República Federativa do Brasil pela Emenda Constitucional nº 19/1998. Já encontrávamos referência à busca da eficiência no texto constitucional no artigo 74, que dispõe que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem manter de forma integrada, sistema de controle interno preocupado em avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado, e no artigo 175 que prevê a obrigação de manter serviço público adequado (MUNIZ, 2007). A Administração Pública deve se descentralizar, mas ao mesmo tempo deve observar o que preceitua o ordenamento jurídico brasileiro, preocupando-se sempre em orientar suas ações conforme planejamento e buscando ser eficiente.

O Decreto-Lei nº 200/1967 estabelece no mesmo artigo 10, §7º, que a Administração Pública deve recorrer sempre que possível à execução indireta, para “melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa” (BRASIL, 1967). Introduz o regime de administração contratada no ordenamento jurídico brasileiro em seu artigo 132:

Art. 132. As licitações para obras ou serviços admitirão os seguintes regimes de execução:

- I - Empreitada por preço global.
- II - Empreitada por preço unitário.
- III - Administração contratada.

Tal dispositivo foi revogado pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 1986, contudo a nova norma novamente regulamentava a administração contratada trazendo o conceito do instituto que é definido como uma das modalidades de execução indireta:

Art. 5º Para os fins deste decreto-lei considera-se:

- VI - execução indireta: a que o órgão ou entidade contrata com terceiros, sob qualquer das seguintes modalidades: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.348, de 1987)
  - a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço, por preço certo e total;
  - b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço, por preço certo de unidades determinadas;

**c) administração contratada - quando se contrata a execução da obra ou do serviço, mediante reembolso das despesas e pagamento da remuneração ajustada para os trabalhos de administração;**

d) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos, por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;

Art. 9º As obras e serviços poderão ser executados nos seguintes regimes:

I - execução direta;

II - execução indireta, nas seguintes modalidades:

a) empreitada por preço global;

b) empreitada por preço unitário;

c) administração contratada; e

d) tarefa. (Grifo nosso).

O Decreto-Lei nº 2.300/86 foi revogado com o advento da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. A administração contratada estava prevista na Lei nº 8.666/1993, mas foi vetada pelo Presidente da República (BRASIL, 1993).

**Razões do veto**

Assim se manifestou a Advocacia-Geral da União sobre estas disposições:

A experiência tem demonstrado que a execução indireta, sob o regime de administração contratada, envolve a assunção de elevadíssimos riscos pela Administração, que é obrigada a adotar cuidados extremos de fiscalização sob pena de incorrer em elevados prejuízos em fase do encarecimento final da obra ou serviço.

Como é sabido, nesse regime de execução interessa ao contratado, que se remunera à base de um percentual incidente sobre os custos do que é empregado na obra ou serviço, tornar esses custos os mais elevados possíveis, já que, assim, também os seus ganhos serão maximizados.

Por outro lado, parece-me indubitável que, diante da sistemática de planejamento e orçamentos públicos instituída pela Constituição de 1988, não é mais legítimo admitir-se a execução de obra ou serviço cujo custo total não esteja prévia e criteriosamente fixado, com sua inclusão tanto do orçamento anual, quanto no plano plurianual.

Tais dispositivos, portanto, se mostram contrários ao interesse público (BRASIL, 1993).

A Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994, que altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e dá outras providências, tentou novamente implantar a modalidade da administração contratada, que foi novamente objeto de veto presidencial.

**Razões do Veto**

Os dispositivos transcritos referem-se ao regime de administração contratada e reproduzem literalmente disposições que foram vetadas quando da sanção do projeto de lei que se transformou na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Não me é possível, por isso, dar-lhes sanção, sob pena de infringir o §4º do art. 66 da Carta. (BRASIL, 1994)

Constituição Federal

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

[...]

§ 4º - O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.

Assim a proposta do Legislativo em inserir o regime de execução da administração contratada na Lei nº 8.666/1993 foi vetada por duas vezes pela Presidência da

República. Em Decisão da Presidência do Supremo Tribunal Federal, proferida pelo Ministro Cezar Peluso<sup>1</sup>, sobre a questão da administração contratada no ordenamento jurídico brasileiro, opina-se por ser uma crise de legalidade e não de constitucionalidade, no mesmo sentido temos a Decisão Monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello<sup>2</sup>.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União se encontra pacificada em relação a não admissão do regime de administração contratada no ordenamento jurídico brasileiro. Como exemplo, citamos os acórdãos abaixo:

**Acórdão 1100/2007 – Plenário**

A jurisprudência deste Tribunal tem sido pacífica ante a impossibilidade de adoção do regime de “administração contratada” após a edição da Lei 8.666/93. A título de exemplificação, cite-se a Decisão 1070/2002 - Plenário, Decisão 978/2001 - Plenário, Acórdão 2.016/2004 - Plenário, Acórdão 1.168/2005 - Plenário, Acórdão 1596/2006 - Plenário, todos contendo determinações para a repactuação dos contratos firmados, com vistas a excluir a taxa de administração.

**Acórdão 3267/2007 - Primeira Câmara**

30. A jurisprudência do TCU é pacífica quanto à impossibilidade de adoção do regime de administração contratada, tendo em vista que esse regime não foi acolhido pela legislação em vigor, mais especificamente a Lei n. 8.666/1993 (Acórdãos ns. 1.168/2005 e 1.596/2006 - Plenário).

**Acórdão 310/2009 - Primeira Câmara**

Síntese das alegações

3.2.2.1 Quanto ao entendimento deste Tribunal de que houve adoção sem amparo legal do regime da espécie "de administração contratada para a execução do contrato celebrado, assevera-se que nas decisões do Plenário deste Tribunal de ns. 978/2001, 1.070/2002, 2.016/2004, 1.168/2005 e 1.596/2006 restou pacífico o entendimento de que não é admissível tal regime e em nenhuma delas se aplicou multa. Por isso, a sanção pecuniária aplicada ao ora Recorrente teria consistido em desrespeito aos princípios constitucionais da igualdade e da isonomia de tratamento.

**Acórdão 79/2010 – Plenário**

5.1. Na planilha orçamentária disponibilizada no edital, itens como "contratação de espaços em veículos de comunicação/produção de vídeo e fotografia com qualidade jornalística" (Item 17.1), "locação de espaço físico" (Item 17.2.), "pró-labore de palestrantes, relatores, coordenadores, debatedores, cursistas, apresentadores, etc." (Item 17.5.) não contêm qualquer estimativa de preços e têm vedada a apresentação de cotações por parte das licitantes, sendo que para esses itens está prevista remuneração com base em taxa de administração, arbitrada em 3%, o que caracteriza situação irregular de regime de administração contratada, sendo que tal prática é rechaçada pela jurisprudência do TCU (Acórdãos ns. 2.062/2006 - Plenário e 387/2001, 445/2003 e 898/2004, todos da 2ª Câmara);

**Acórdão 4615/2013 - Primeira Câmara**

Voto do Ministro Relator

3. No TC-013.905/2002-0, verificaram-se irregularidades na contratação da empresa de eventos PW/Target Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda. pelo Inmetro, por dispensa de licitação, com fundamento no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993, bem como de ilegalidade na remuneração do respectivo contrato (Contrato 46/2002), celebrado pelo regime de administração contratada, sem amparo legal. Os responsáveis foram multados por meio do Acórdão 3.267/2007, confirmado por meio do Acórdão 310/2009, ambos da 1ª Câmara.

<sup>1</sup> SS 4478 / DF - Distrito Federal - Suspensão de Segurança - Relator(a): Min. Cezar Peluso (Presidente), Julgamento: 12/09/2011. Publicação Processo Eletrônico: DJE-181; Divulg. 20/09/2011; Public. 21/09/2011.

<sup>2</sup> Rcl 12510 MC / DF - Distrito Federal - Medida Cautelar na Reclamação - Relator(a): Min. Celso de Mello, Julgamento: 16/09/2011. Publicação Processo Eletrônico: DJE-181; Divulg. 20/09/2011; Public. 21/09/2011.

#### **Acórdão**

9.6. Expedir certificado de quitação aos Srs. Armando Mariante Carvalho Junior (CPF 178.232.937-49) e Joseph Brais (CPF 831.982.028-68), nos termos dos arts. 27 da Lei 8.443/1992 e 218 do Regimento Interno do TCU, ante o recolhimento integral da multa, no valor respectivo de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), cominada por meio do Acórdão 3.267/2007, mantido pelo Acórdão 310/2009, ambos da 1ª Câmara (TC-013.905/2002-0), e (...)

Dessa forma, o entendimento do Tribunal de Contas da União é que a aplicação de taxa de administração sobre o custo do serviço para remuneração dos contratos administrativos, sem a apresentação prévia da estimativa do valor da contratação, caracteriza regime de administração contratada e, portanto, não pode ser adotado tal regime de licitação. O gestor deve apresentar uma planilha de itens completa com a estimativa de preços previamente à contratação, sendo que não pode ser vedada a cotação de preços de certo itens por parte das licitantes, todos os custos devem ser estimados e a aplicação de taxa de administração deve ser evitada.

## **2 A ADMINISTRAÇÃO CONTRATADA COMO REGIME DE EXECUÇÃO INDIRETA**

A Lei nº 8.666/1993 também trouxe os conceitos de execução direta e indireta. A Lei nº 8.883/1994 alterou a redação “modalidades” por “regimes” na execução indireta, porém, segundo Justen Filho (2012, p.135), não alterou juridicamente a questão. A Lei nº 8.666/1993 também prevê a possibilidade a execução direta e indireta em seu artigo 10. A execução direta, segundo Justen Filho (2012), “verifica-se quando a obra ou serviço é executado pela própria Administração”, envolvendo seu próprio instrumental, não necessitando da contratação de terceiros, conforme o conceito existente no Decreto-Lei nº 2.300/1986. Contudo, a Administração nesse caso pode contratar terceiros para a elaboração de projetos, serviços de assessoria e controle, compra de insumos necessários. A execução direta se aplica também aos convênios ou outras modalidades de conjugação de esforços, quando diversas entidades integrantes da Administração Pública se organizam para a execução de determinado objeto, exceto quando se tratar de exploração direta de atividade econômica pelo Estado prevista no art. 173 da Constituição (p.135).

A execução indireta, segundo Justen Filho (2012), ocorre quando a “responsabilidade pelo cumprimento das prestações é assumida por um terceiro, que é juridicamente o realizador da obra ou serviço”, se realizando basicamente sob a modalidade de empreitada. Sobre as modalidades, ou regimes, de execução indireta, iremos estudar a administração contratada, que é conceituada da seguinte forma pela autora Di Pietro (2006, p.333):

Administração contratada, também chamada de Administração interessada (por influência do direito francês, que fala em *régie intéressée*) é o contrato administrativo em que a Administração defere a terceiro a incumbência de orientar e superintender a execução da obra ou serviço, mediante pagamento de importância proporcional ao seu custo total.

A autora ainda expõe que nesse instituto os riscos do empreendimento correm por conta da Administração Pública, enquanto o particular contratado, que não possui vínculo empregatício, contribui com a direção e responsabilidade técnica pelos serviços contratados. Ainda são salientadas as diferenças entre administração contratada e empreitada, visto que na primeira a remuneração acontece por meio de percentual sobre serviço ou obra contratada, enquanto que na segunda há um preço fixo abrangendo o total da obra e os riscos são suportados pelo empreiteiro.



Justen Filho (2012, p.139-140) explica que na administração contratada “o particular assume a obrigação de selecionar, contratar e remunerar o pessoal, adquirir os insumos e executar a prestação, cabendo à Administração fornecer os recursos correspondentes aos custos verificados ao longo do tempo.” Para o autor, não há formulação de proposta pelo particular para recebimento de valor predeterminado, ao longo do contrato é que serão apurados os custos de mão de obra e materiais, sendo que a remuneração assegurada pelo particular, comumente uma porcentagem sobre o valor das despesas necessárias a execução do objeto, que será a forma de disputa na licitação. A determinação do preço é que diferencia a administração contratada, custo de execução mais comissão, da empreitada, preço pré-determinado. Na administração contratada o lucro do particular será certo, ainda que delimitado, ao passo que na empreitada o lucro corresponderá ao valor recebido menos o custo, sendo incerto e variável.

Sobre o veto presidencial a administração contratada, Justen Filho (2012) explica as razões apresentadas de que o instituto causaria prejuízo aos cofres públicos por não possibilitar uma delimitação prévia acerca dos custos do contrato. O particular seria tentado a aumentar o custo da obra ou serviço com o objetivo de aumentar sua remuneração. O regime de administração contratada, para o autor, apresenta incompatibilidade com o princípio da rigorosa estimativa do custo da contratação, apesar de que poderiam ser estimados dentro de certos parâmetros, todavia nunca exatamente fixados. Justen Filho ainda expõe que o veto presidencial eliminou a discricionariedade administrativa para adotar a administração contratada, mas não correspondeu a uma vedação expressa e taxativa da modalidade de contratação, fazendo a seguinte observação: “No entanto, existem certos contratos em que a solução da administração contratada é inafastável. Os contratos de publicidade e propaganda são usualmente praticados sob essa forma, tal como se passa na contratação de agências de turismo para fornecimento de passagens aéreas” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 140).

O veto da administração contratada pela Presidência da República não elimina a possibilidade da existência dessa modalidade de contratação, apenas restringe a adoção do regime pela Administração Pública na atualidade. Como observado nos julgamentos do STF, se trata de uma questão de legalidade e não uma questão constitucional, uma vez que a Constituição Federal atribui à União a competência de estabelecer normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios em seu artigo 22.

Por conseguinte, não existe proibição explícita da utilização do regime de administração contratada na legislação brasileira pela Administração Pública em suas contratações. A restrição imposta ao regime de administração contratada se dá principalmente pela dificuldade da estimativa do custo dos serviços, uma vez que a apresentação do custo posteriormente à contratação funcionaria como um incentivo às contratadas de elevar o preço do custo e conseqüentemente sua comissão, ou lucro, visto que normalmente é estabelecido um percentual sobre o custo total como remuneração das empresas. O Informativo sobre Licitações e Contratos nº 20 de 2011 do Tribunal de Contas da União ressaltou que a utilização da taxa de administração para pagamento em contratações públicas deve ser evitada, sendo aceitas exceções quando a atuação direta da Administração Pública for inviável:

**O pagamento de valores a título de “taxa de administração” em contratações públicas intermediadas por outras instituições só se legitima quando demonstrada a inviabilidade da atuação direta do próprio órgão público.** (Grifo do autor).

Há serviços em que a previsão exata do custo é praticamente impossível, visto que é fixado pelas subcontratadas e alterado ao longo do tempo, como, por exemplo, taxas

administrativas, passagens, eventos. Ademais, temos serviços que são solicitados fora do planejamento inicial devido a um novo contexto político-administrativo e que são requeridos constantemente, o que gera a necessidade da Administração Pública ter opção de contratação por demanda, geralmente solucionada pela realização do sistema de registro de preços. Outros serviços já são solicitados fora do planejamento inicial e requerem uma contratação ágil, e como não possuem registro de preços, a questão é comumente solucionada pela realização de pregão, que, porém, não é aplicado a todos os tipos de contratação por licitação, sendo direcionado para a aquisição de bens e serviços comuns, devendo ser adotado para julgamento e classificação das propostas o critério de menor preço. Como exposto por Justen Filho (2012), os serviços de publicidade e propaganda, de agências de turismo para fornecimento de passagens aéreas, como também os de táxi, vale refeição, são usualmente contratados por meio de regime de administração contratada, por não haver outra opção viável a sua realização.

### **3 A UTILIZAÇÃO DA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM SEUS CONTRATOS**

Como exposto pelo autor Justen Filho (2012, p.140), existem contratos em que não é possível afastar a incidência da administração contratada, como os de publicidade e propaganda e o de contratação de agências de turismo para fornecimento de passagens aéreas, sendo utilizado o instituto da taxa de administração sobre o custo total como forma de remuneração. Contudo, a remuneração por taxa de administração em contratos administrativos caracteriza administração contratada conforme Jurisprudência do Tribunal de Contas da União, por não haver fixação prévia do custo da contratação.

A questão da administração contratada para os contratos de publicidade e propaganda foi solucionada com o advento da Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010, que dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências, que instituiu a obrigatoriedade da utilização dos tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço” nas licitações e vedou a contratação de empresas organizadoras de eventos em contratos de serviço de publicidade em seu artigo 2º:

Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010

Art. 2º [...]

§ 2º Os contratos de serviços de publicidade terão por objeto somente as atividades previstas no caput e no § 1º deste artigo, vedada a inclusão de quaisquer outras atividades, em especial as de assessoria de imprensa, comunicação e relações públicas ou as que tenham por finalidade a realização de eventos festivos de qualquer natureza, as quais serão contratadas por meio de procedimentos licitatórios próprios, respeitado o disposto na legislação em vigor (BRASIL, 2010).

Tal entendimento já estava consolidado na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, no sentido de vedar a contratação dos serviços de publicidade e propaganda conjuntamente com o serviço de eventos, pois caracteriza uma afronta a regra do parcelamento prevista na Lei de Licitações:

#### **Acórdão 79/2010 - Plenário**

Voto do Ministro Relator (...)

5.6. O item 17.1 do edital prevê a contratação de espaços em veículos de comunicação, produção de vídeo e fotografias com qualidade jornalística e tais serviços são típicos de publicidade, de tal forma que foi efetuada licitação conjunta para eventos e publicidade, prática rechaçada pela jurisprudência deste Tribunal

(Acórdão n. 2.188/2007 - Plenário) e que representa afronta à regra do parcelamento, contida no art. 23, § 1º, da Lei n. 8.666/1993;  
(...)

A taxa de administração é um instituto jurídico utilizado comumente pelos particulares em seus contratos privados, principalmente por instituições financeiras pela gestão de fundos de investimento. A natureza jurídica da taxa de administração é privada, não obstante aplicada aos contratos administrativos. A Administração Pública tem utilizado o instituto jurídico da taxa de administração, com base no princípio da eficiência, como o instrumento que viabiliza as terceirizações para prestação e continuidade plenas dos serviços públicos. Assim o instituto segue regras de conveniência e oportunidade para o oferecimento de seus serviços pelas empresas, se aproximando do conceito de lucro, tomado aqui como vantagem, privilégio, proveito, ganho, que se obtém por uma operação qualquer e gera um engrandecimento de patrimônio, entretanto observando ao interesse público (GUERRA, 2002).

Vale ressaltar que, para o instrumento jurídico de convênio, que não constitui modalidade de contrato, sendo definido por Di Pietro (2006, p.337) como “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”, há normas que contêm vedação expressa sobre a utilização de taxa de remuneração. Tal vedação se deve ao fato de que a taxa de administração acataria em desvio de finalidade do convênio, uma vez que são entidades que buscam realizar objetivos de interesse comum, sem buscar remuneração, ou lucro, na execução do objeto pactuado via convênio. As normas que apresentam tal vedação são a IN STN nº 01/97, mais especificamente o art. 8º, I, e o art. 39, I, da Portaria Interministerial nº 127, de 29 maio de 2008, celebrada entre os Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e do Controle e da Transparência (OLIVEIRA, 2009):

IN STN nº 01/97

Art. 8º É vedada a inclusão, tolerância ou admissão, nos convênios, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade do agente, de cláusulas ou condições que prevejam ou permitam:

I - realização de despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar;

PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 127, DE 29 MAIO DE 2008

Art. 39. O convênio ou contrato de repasse deverá ser executado em estrita observância às cláusulas avençadas e às normas pertinentes, inclusive esta Portaria, sendo vedado:

I - realizar despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar.

Dessa forma, existem autores que defendem o uso da taxa de administração nos contratos administrativos, caso contrário estar-se-ia diante de um caso de enriquecimento ilícito pela Administração Pública:

No direito público, especialmente nos contratos administrativos, a taxa de administração reflete com exatidão essa vantagem legal, a que a Empresa terceirizada faz jus pelo fiel adimplemento de suas obrigações. O Direito Administrativo reconhece-a como legítima, vez que do contrário, estar-se-ia enriquecendo indevidamente aos cofres públicos, em detrimento de empresas que lhes prestassem serviços. A doutrina estudiosa do assunto reconhece a necessidade de parcerias e terceirização, face ao princípio da eficiência, advindo explicitamente com a Reforma administrativa do Estado (GUERRA, 2002, p.5).

No caso das empresas organizadoras de eventos, a remuneração pela Administração Pública por taxa de administração é permitida pela Lei nº 11.771, de 17 de setembro de 2008, que dispõe sobre a Política Nacional de Turismo e dá outras providências,

ao tratar sobre a composição do preço do serviço das empresas organizadoras de eventos para contratação de serviços de terceiros:

Art. 30. Compreendem-se por organizadoras de eventos as empresas que têm por objeto social a prestação de serviços de gestão, planejamento, organização, promoção, coordenação, operacionalização, produção e assessoria de eventos.

§ 1º As empresas organizadoras de eventos distinguem-se em 2 (duas) categorias: as organizadoras de congressos, convenções e congêneres de caráter comercial, técnico-científico, esportivo, cultural, promocional e social, de interesse profissional, associativo e institucional, e as organizadoras de feiras de negócios, exposições e congêneres.

§ 2º O preço do serviço das empresas organizadoras de eventos é o valor cobrado pelos serviços de organização, a comissão recebida pela intermediação na captação de recursos financeiros para a realização do evento e a **taxa de administração referente à contratação de serviços de terceiros** (BRASIL, 2008).

Entretanto, percebe-se que o entendimento pacificado do Tribunal de Contas da União é o da não utilização da taxa de administração em contratos de empresas organizadoras de eventos, mesmo para itens específicos, por exemplo o Acórdão 79/2010, a despeito do que dispõe a Lei do Turismo. Contudo, entendimento diferenciado foi apresentado no Acórdão 2326/2010:

#### **Acórdão 2326/2010 – Plenário**

Análise:

4.10.6. O Voto que fundamentou o Acórdão TCU nº 79/2010 - Plenário, mencionado pela empresa Q2 Eventos, que supostamente consideraria a cobrança de taxa de administração irregular, por falta de amparo legal, traz ressalva quanto a prática de administração contratada:

'5.1. Na planilha orçamentária disponibilizada no edital, itens como 'contratação de espaços em veículos de comunicação/produção de vídeo e fotografia com qualidade jornalística' (Item 17.1), 'locação de espaço físico' (Item 17.2.), 'pró-labore de palestrantes, relatores, coordenadores, debatedores, cursistas, apresentadores, etc.' (Item 17.5.) não contêm qualquer estimativa de preços e têm vedada a apresentação de cotações por parte das licitantes, sendo que para esses itens está prevista remuneração com base em taxa de administração, arbitrada em 3%, o que caracteriza situação irregular de regime de administração contratada, sendo que tal prática é rechaçada pela jurisprudência do TCU (Acórdãos TCU nº 2062/2006 - Plenário e 387/2001, 445/2003 e 898/2004, todos da Segunda Câmara);'

4.10.7. O Tribunal vem considerando a administração contratada como prática ilegal, especialmente em contratos de propaganda e publicidade, nos quais as agências recebem um percentual nos patrocínios concedidos pelas entidades, sem, efetivamente, prestarem serviços.

4.10.8. Conforme alega os responsáveis a inclusão dessa taxa é realizada rotineiramente nas licitações de serviços de organização de eventos como forma de remunerar a contratada pelo gerenciamento dessas contratações.

4.10.9. No caso em tela, verificamos nos processos de pagamentos que o MDA está solicitando as Notas Fiscais dos serviços prestados para autorizar os pagamentos, o que permite a verificação pela contratada da correta aplicação da taxa de administração nos serviços prestados por terceiros.

4.10.10. Entendemos, ainda, que o art. 30, § 2º Lei nº 11.771/2008 define que a taxa de administração referente à contratação de serviços de terceiros compõe o preço dos serviços de organização de eventos, dando suporte legal ao pagamento da taxa, desde que haja o efetivo serviço de gerenciamento da contratada e não apenas a intermediação do pagamento.

4.10.11. Dessa forma, acatamos este item.

Dessa forma, segundo análise técnica do Tribunal de Contas da União, a utilização da taxa de administração em contratos de eventos é permitida desde que a empresa realize o efetivo serviço de gerenciamento da subcontratada e não apenas a intermediação do pagamento, comprovando a realização do serviço prestado pelo terceiro por meio de notas fiscais. A

Secretaria de Controle Interno da Secretaria-Geral da Presidência da República, em material publicado “Aspectos importantes da contratação de eventos”, em agosto de 2011, indica a utilização da taxa de administração apenas para espaço físico para a realização do evento e para palestrante ou conferencista, devendo a possibilidade de contratação desses itens prevista no Edital e no Contrato, com a obrigatoriedade expressa nos referidos documentos da apresentação de três orçamentos válidos e da definição do percentual de taxa de administração, sendo sugerido o valor de 3%. Tal ressalva se faz justamente devido a jurisprudência contrária a administração contratada do Tribunal de Contas da União. Também se tem observados nos editais a utilização de taxa de administração para remuneração de taxas administrativas, como licenças, ECAD, taxas devidas à prefeitura, vigilância sanitária, corpo de bombeiros e etc.

A utilização do instrumento da taxa de administração nas contratações de passagens aéreas, táxi, vales refeição, também é percebida na Administração Pública, como rotineira, estabelecendo o critério de menor taxa de administração como tipo de licitação, ou forma de julgamento das propostas. A prática de remunerar contratos administrativos por taxa de administração tem sido regular, em diversas esferas de poderes e governo, entretanto parece não haver disposição expressa sobre seu uso, que defina o tipo “menor taxa de administração” em modalidades de licitação. A Lei nº 8.666/1993 estabelece os diversos tipos de licitação, exceto na modalidade concurso, em seu artigo 45, §1º, sendo eles I - a de menor preço; II - a de melhor técnica; III - a de técnica e preço; e IV - a de maior lance ou oferta.

Como exemplos, temos a Câmara Municipal de Barreiras, no estado da Bahia, realizou processo administrativo nº 004/2010, pregão presencial nº 003/2010 (BARREIRAS, 2010), com o objeto de melhor proposta para a contratação de empresa de viagens e turismo visando à intermediação de passagens terrestres e aéreas para o legislativo e definiu o tipo de licitação como menor taxa de administração e a Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, no pregão eletrônico nº 010/2013, nº do processo no portal de compras: 1011014 028/2013, que tem como objeto a contratação, por um período de 12 (doze) meses, prorrogável na forma da lei, de empresa especializada em serviços de transporte por táxi, localizada em Belo Horizonte, para os servidores e pessoas em exercício de atividades institucionais da Assembleia Legislativa de Minas Gerais (ALMG), definiu como tipo de licitação o menor preço, entretanto utilizou como critério de julgamento a menor taxa de administração: “6.2 - O pregoeiro efetuará o julgamento das propostas pelo critério tipo Menor Preço, sendo que o preço será obtido pela porcentagem da taxa de administração” (MINAS GERAIS, 2013).

Dessa prática reiterada, surge o questionamento sobre a possibilidade de se utilizar uma taxa de administração negativa. Percebemos que alguns editais tentam vedar essa tentativa, como, por exemplo, a Delegacia da Receita Federal em Anápolis/GO, edital pregão eletrônico DRF/ANA nº 01/12, licitação na modalidade Pregão, na forma Eletrônica, do tipo “menor preço” (maior desconto da taxa de administração) por lote, no item 5.4.3.:

5.4.3 Serão disputados os itens 1 que corresponde a TAXA DE ADMINISTRAÇÃO, a qual não poderá exceder o disposto no subitem 7.1.d do Termo de Referência (6,3%). **Não será admitida taxa percentual menor que zero.** Caso a taxa percentual venha a ser zero, considerar-se-á o valor de R\$ 0,01 (um centavo) (ANÁPOLIS, 2012).

A Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 44, §3º, dispõe:

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e

instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) (BRASIL, 1993).

Entretanto, percebe-se o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União que seria possível a remuneração por taxa de administração de certos tipos de empresas, admitindo até mesmo taxas negativas, de valor menor que zero. Tal remuneração seria permitida para alguns serviços no mercado que atuam como as administradoras de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível, em razão da forma como o serviço é prestado, uma vez que decorre comumente de três fontes principais: da contratante, de aplicações financeiras e dos estabelecimentos credenciados, conforme Decisão nº 38/1996 – plenário do Tribunal de Contas da União (TCU):

Ementa: Representação de licitante dando conta de irregularidades em procedimento licitatório, relativa à admissibilidade, pela Caixa Econômica Federal-CEF, de taxas de administração negativas ou zero em certame para contratação de fornecimento de Vales-Refeição, frente a proibição contida no § 3 do art. 44 da Lei nº 8.666/93. Improcedência. Deixar assente que a admissão de taxas negativas ou de valor zero, no concernente às licitações destinadas ao fornecimento de Vales-Refeição, não implica em violação ao citado artigo legal, por não estar caracterizado, *a priori*, que essas propostas sejam inexequíveis (SIC), devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos fixados no edital. [...]

7. Isso porque, conforme foi apurado na inspeção em apreço, a remuneração das empresas desse ramo não se restringe à taxa de administração cobrada ou aos rendimentos eventualmente obtidos no mercado financeiro. Fica assente neste trabalho que a remuneração dessas empresas advém também das taxas de serviços cobradas dos estabelecimentos conveniados (as quais variam de 1 a 8%), das sobras de caixa que são aplicadas no mercado financeiro e das diferenças em número de dias existentes entre as operações que realiza como emissão de tíquetes, utilização desse pelo usuário, pagamento dos tíquetes pelo cliente, reembolso à rede de credenciados (varia de 7 a 16 dias) (BRASIL, 1996).

Contudo, deve-se provar que a empresa tem possibilidade de execução do contrato e que o preço ofertado pela mesma não é inexequível, a despeito de apresentar taxa de administração nula ou negativa, sendo recomendado pelo TCU que o edital preveja fórmula de cálculo para verificar a exequibilidade da taxa trazida. Tal entendimento foi confirmado pelos Acórdãos nº 552/2008 – Plenário (BRASIL, 2008) e 1757/2010 – Plenário (BRASIL, 2010). O Informativo sobre Licitações e Contratos nº 104 de 2012 do Tribunal de Contas da União também trouxe orientação nesse sentido:

**A oferta de taxa de administração negativa ou de valor zero, em pregão para prestação de serviços de fornecimento de vale-alimentação, não implica inexequibilidade da respectiva proposta, a qual só pode ser aferida a partir da avaliação dos requisitos objetivos especificados no edital da licitação.** (Grifo do autor)

Em relação à aquisição de passagens aéreas, recentemente, em 2012, o relacionamento entre as agências de viagens e as companhias aéreas mudou perante as compras governamentais, devido às alterações da lógica do mercado, ocorridas principalmente por causa das inovações tecnológicas que possibilitaram a aquisição de passagens aéreas diretamente das companhias aéreas por meio da internet, o que fez diminuir consideravelmente a intermediação das agências. A remuneração que se fazia mediante comissão devida as agências de viagens pelas companhias aéreas, que era o que permitia às agências de viagens oferecerem descontos nas passagens aéreas para seus clientes, e por vezes justificava a utilização da remuneração por, até mesmo, taxas negativas, passou a ser realizada mediante taxa de repasse a terceiros, conhecida como taxa DU, que já era aplicada no mercado internacional, como nos Estados Unidos e na

Europa, sendo o agente de viagens remunerado diretamente pelo consumidor, devendo a taxa vir especificada em cada bilhete, no valor de R\$ 40,00 (quarenta reais) para passagens de até R\$ 400,00 (quatrocentos reais) ou 10% (dez por cento) do valor total para tarifas acima desse preço. Essa lógica já era aplicada ao mercado privado desde 2007. A Lei nº 11.771/2008 determina em seu artigo 27 que a remuneração dos serviços de agenciamento de viagens seja realizada por meio de comissão recebida dos fornecedores ou taxa de serviço do consumidor pelos serviços prestados, o que justificava a utilização de taxa de administração. “No entanto, o mercado, que anteriormente comportava a forma de remuneração por meio de comissão recebida dos fornecedores, extinguiu esta possibilidade.” (Relator Ministro Raimundo Carreiro, 2013 - TC 003.273/2013-0).

A Administração Pública se viu obrigada a adaptar as regras de aquisição de passagens aéreas por meio de contratação de agências de viagens. Em 24 de agosto de 2012, o Secretário de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento editou a Instrução Normativa nº 7, que instituiu um novo modelo para a contratação desses serviços, para adequar os contratos administrativos ao fluxo do mercado, estabelecendo como critério o menor preço de taxa de agenciamento, que não se confunde com a taxa DU, mas uma taxa em valor fixo e não em percentual, perante o fato de o serviço de agenciamento não depender do valor da tarifa.

A medida foi questionada no Tribunal de Contas, que acabou por determinar sua suspensão provisoriamente, em 6/3/2013, até que fosse decidido seu mérito. Em 11/7/2013 foi editada a IN nº 1/2013 suspendendo a IN nº 7/2012. O Acórdão nº 1973/2013 – TCU – Plenário, em 31/7/2013, revogou a medida cautelar da suspensão da IN nº 7/2012, considerando o modelo de contratação adequado, sugerindo alguns ajustes, como a implantação de sistema próprio de buscador de passagens aéreas para evitar inconsistências nas informações de valores e possível dano ao erário, como também a compra direta pela Administração Pública de passagens aéreas. O assunto ainda se mostra controverso, mesmo entre as agências de viagens, havendo argumentos contra e a favor da aplicação da IN nº 7/2012.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A taxa de administração pode ser utilizada em contratos administrativos, contudo deve se estimar o custo da contratação previamente, para afastar a caracterização de administração contratada. A Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010, regulamentou a forma de contratação das agências de publicidade e propaganda. É permitida a utilização de taxa de administração para as empresas organizadoras de eventos em subcontratações, conforme dita a Lei do Turismo nº 11.770/2008. A mesma lei estabelece que para agências de viagem a remuneração será realizada por meio de comissão recebida dos fornecedores ou taxa de serviço do consumidor pelos serviços prestados, o que justifica a utilização de taxa de administração. Mudanças no mercado fizeram com que o Secretário de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento editasse a Instrução Normativa nº 7/2012 para a contratação das agências de viagens para fornecimento de passagens aéreas. A medida se provou controversa e está em discussão no Tribunal de Contas da União, acabando sendo suspensa pela IN nº 1/2013. Contudo, o TCU, ao final, terminou por opinar pela permanência da IN nº 7/2012 com alguns ajustes e concordância na remuneração por taxa de administração em valor fixo por serviço de agenciamento ao invés de percentual, sendo uma forma de remuneração mais justa, que evitaria dano ao erário. Percebe-se a necessidade veemente da regulamentação da utilização da taxa de administração pela AP estabelecendo em quais tipos

de contratação ela seria possível, assim como da regulamentação sobre a caracterização do regime de administração contratada e sua vedação no ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Osvaldo Nunes. Terceirização de serviços na Administração Pública. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054228.PDF>>. Acesso em: dez. 2012.

ANÁPOLIS, GO. Delegacia da Receita Federal do Brasil em Anápolis/GO. Edital. Pregão eletrônico DRF/ANA nº 01/2012. Processo nº 13116.000023/2013-91. Disponível em: <<http://www29.receita.fazenda.gov.br/...edital/...receita-federal...anapolis.../arqu...>>. Acesso em: abr. 2013.

BARREIRAS, BA. Câmara Municipal. Processo Administrativo nº 004/2010. Pregão presencial nº 003/2010. Edital de licitação. 2010. Disponível em: <<http://www.cmbarreiras.ba.gov.br/licitacao/pregao/pregaopresencial-003-010edital-e-anexos-novo.pdf>>. Acesso em: jan. 2013.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O controle preventivo procedimental e as soluções especiais para situações extraordinárias. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v.11, n.131, nov. 2012.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 576p.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. As transações administrativo-tributárias e o risco do “legalismo estéril” dos órgãos de controle. In: DERZI, Misabel Abreu Machado (Coord.). *Separação de poderes e efetividade do sistema tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BONFIGLIOLI, José Carlos. Atividade fim e atividade meio: definição. In: BONFIGLIOLI, José Carlos. *Trabalho temporário e prestação de serviços à terceiros: aspectos legais e sociais*. 5.ed. [S.l.: s. n.], 2011. Disponível em: <[http://www.jobcenter.com.br/publicacao\\_05\\_2.asp](http://www.jobcenter.com.br/publicacao_05_2.asp)> Acesso em: 18 out. 2011.

BRASIL. Aspectos importantes da contratação de eventos. Brasília, 2011. v.1. Série Orientações. Disponível em: <<http://www.sg.gov.br/ciset/CarilhaCISSET.pdf>>. Acesso em: jan. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de dezembro de 1988. Texto constitucional de 5 de Outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais nº 1/92 a 45/2004 e Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: dez. 2012.

BRASIL. Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2271.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm)>. Acesso em: dez. 2012.

BRASIL. Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000. Aprova o regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3555.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm)>. Acesso em: dez. 2012.



BRASIL. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm)>. Acesso em: dez.2012.

BRASIL. Decreto nº 7.174, de 12 de maio de 2010. Regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7174.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7174.htm)>. Acesso em: dez. 2012.

BRASIL. Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Publicado no DOU de 23/1/2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7892.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7892.htm)>. Acesso em: abr. 2013.

BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm)>. Acesso em: dez. 2012.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: dez. 2012.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Publicado no DOU de 18/7/2002 e retificado em 30/7/2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm)>. Acesso em: abr. 2013.

BRASIL. Lei nº 11.771, de 17 de setembro de 2008. Dispõe sobre a Política Nacional de Turismo, define as atribuições do Governo Federal no planejamento, desenvolvimento e estímulo ao setor turístico; revoga a Lei nº 6.505, de 13 de dezembro de 1977, o Decreto-Lei nº 2.294, de 21 de novembro de 1986, e dispositivos da Lei nº 8.181, de 28 de março de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11771.htm)>. Acesso em: dez. 2012.

BRASIL. Mensagem nº 335, ao Presidente do Senado Federal, Brasília, 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/ anterior\\_98/Vep335-L8666-93.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/ anterior_98/Vep335-L8666-93.pdf)>. Acesso em: jan. 2013.

BRASIL. Mensagem nº 436, ao Presidente do Senado Federal, Brasília, 8 de junho de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/ anterior\\_98/Vep436-L8883-94.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/ anterior_98/Vep436-L8883-94.pdf)>. Acesso em: abr. 2013.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Ementa: dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:agencia.brasileira.inteligencia:instrucao.normativa:2008-08-06;2>> Instrução Normativa nº 2 de 06-08-2008. Acesso em: dez. 2012.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa nº 7, de 24 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/legislacaoDetalhe.asp?ctdCod=581>>. Acesso em: ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 1.184.973 MG 2010/0044684-3. Ementa: Administrativo e processual civil. Recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Relator(a): Ministro Arnaldo Esteves Lima. Publicação: DJE 21/10/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17406172/recurso-especial-resp-1184973-mg-2010-0044684-3-stj>>. Acesso em: jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão TCU 38/1996. 27/03/1996. Ementa: Tomada de Contas Especial. Convênio. Fundação EDUCAR. Recurso de revisão contra acórdão que julgou as contas irregulares e em débito o responsável. Via recursal esgotada. Segundo recurso não previsto nas normas do TCU. Negado provimento. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:1996-03-27;38>>. Acesso em: abr. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão TCU nº 79/2010. Relator: Auditor Marcos Bemquerer Costa. Acórdão: vistos, relatados e discutidos estes autos da representação formulada pela empresa Dgrau Multimídia Ltda. contra o pregão eletrônico nº 22/2009, promovido pelo Ministério da Defesa - Comando do Exército, com o objetivo de efetuar registro de preços e contratar "empresa especializada em atividades logísticas para atender à garantia de produtos e serviços às diversas necessidades específicas" do Gabinete do Comandante do Exército. Publicado no DOU de 29/01/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/1575743/dou-secao-1-29-01-2010-pg-185>>. Acesso em: abr. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão TCU nº 552/2008. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Ementa: Representação. Pedido de medida cautelar. Conhecimento. Necessidade de audiência pública em razão do valor a ser contratado. Risco de inadimplemento do contrato. Ausência de *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Improcedência. Determinação. Arquivamento. 1. o valor estimado da licitação de serviços de fornecimento de auxílio-alimentação, auxílio-refeição e auxílio-cesta-alimentação, por meio de cartões eletrônicos, magnéticos ou outros corresponde à estimativa do valor da taxa de administração incidente sobre o valor do montante dos benefícios repassados 2. a apresentação de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero não implica em violação ao disposto no art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, nos termos das Decisões nºs 38 e 582/1996. Plenário. Publicado no DOU de 04/04/2008. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2046404.PDF>>. Acesso em: abr. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão TCU nº 1757/2010. Processo nº TC 010.523/2010-3. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Ementa: relatados e discutidos estes autos de representação versando sobre indícios de irregularidades no Edital do Pregão Presencial Sebrae/GO nº 6/2010, conduzido pelo Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Estado de Goiás - Sebrae/GO, com o objetivo de contratar empresa especializada no fornecimento de vales alimentação e vales refeição, através de cartão magnético, para os colaboradores da entidade. Publicado no DOU de 29/07/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/7074312/dou-secao-1-29-07-2010-pg-79>>. Acesso em: abr.2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 006.741/95-9. Relator: Adhemar Paladini Ghisi. Publicado no DOU de 04/03/1996. Ementa: Representação formulada por licitante. Aquisição de vale refeição pela CEF. Cotação de taxa de administração zero ou negativa. Conhecimento. Juntada

dos autos às contas. Preço inexequível. Considerações em confronto com a cotação zero ou nulo de taxa de administração. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLightConteudo?key=DECISAO-LEGADO-12901&texto=50524f432533413637343131393935392a&bases=ACORDAO-LEGADO; DECISAO-LEGADO; RELACAO-LEGADO; ACORDAO-RELACAO-LEGADO; &sort =RELEVANCIA&ordem =DESC&highlight =&posicao Documento=0>>. Acesso em: abr. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 009.014/2010-1 [Apenso: TC 010.714/2010-3]. Acórdão 2326/2010 - Plenário. Relator: Ministro-Substituto Weder de Oliveira. Ementa: Representação DE UNIDADE TÉCNICA. Pregão eletrônico. Prestação de serviços de organização de eventos. Seleção pelo menor somatório de preços unitários. Índícios de "jogo de planilha" não confirmados. Medida cautelar para abstenção de adesão à ata. Determinação. Oitiva do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Publicado no DOU de 10/09/2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: abr. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331 do TST. Contrato de prestação de serviços. Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html)>. Acesso em: dez. 2012.

CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações*. 7.ed. rev. e atual. 6. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006. 823p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas. 1999.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *A terceirização no serviço público*. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176404>>. Acesso em: dez. 2012.

FOLHA DE SÃO PAULO. Grupos no Brasil e no exterior se mobilizam para protestar contra aumento da passagem. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/06/1295887-grupos-no-brasil-e-no-exterior-se-mobilizam-para-protestar-contr-aumento-da-passage-m.html>>. Acesso em: jun. 2013.

GARCIA, Flávio Amaral. A relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à administração pública. *Rev. Dir. Proc. Geral*, Rio de Janeiro, v. 65, p. 95-114, 2010. Disponível em: <[http://download.rj.gov.br/documentos/10112/995656/DLFE-50822.pdf/Revista65Doutrina\\_pg\\_95\\_a\\_114.pdf](http://download.rj.gov.br/documentos/10112/995656/DLFE-50822.pdf/Revista65Doutrina_pg_95_a_114.pdf)>. Acesso em: dez. 2012.

GONTIJO, Vander. Instrumentos de planejamento e orçamento. [s.d.]. Câmara dos Deputados. Orçamento Brasil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/cidadao/entenda/cursopo/planejamento.html>>. Acesso em: maio 2013.

GUERRA, Arthur Magno e Silva. Taxa de administração no contrato administrativo: natureza jurídica e forma de incidência. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16528>>. Acesso em: 26 abr. 2013.

INFOMONEY. Taxa de administração: como ela afeta o retorno do fundo? 12.05.2006. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/onde-investir/noticia/493214/taxa-administracao->>

como-ela-afeta-retorno-fundo>. Acesso em: jan. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14.ed. São Paulo: Dialética, 2012. 991 p.

KUCZKOWSKI, Ivaldo. Terceirização. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.audicontonline.com.br/arquivo/artigos/diretor/terceirizacao.pdf>>. Acesso em: dez. 2012.

LAKY, Lilian de Angelo. Olímpia e os Olímpieia: a origem e difusão do culto de Zeus Olímpico na Grécia. *Revista Archai*, Brasília, n. 1, p. 61-71, jul. 2008. Disponível em: <<http://archai.unb.br/revista>>. Acesso em: abr. 2013.

LIMA, Leonardo Stuckert. Aspectos relevantes na análise jurídica de convênios: legalidade do objeto e elementos característicos do instrumento. *Jus Navigandi*, Teresina, v.18, n.3507, fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23597>>. Acesso em: 26 abr. 2013.

LIMA, Jonas. Taxa por transação é ilegal em licitações de passagens aéreas. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-mar-04/taxa\\_transacao\\_ilegal\\_licitacoes\\_passagens\\_aereas](http://www.conjur.com.br/2008-mar-04/taxa_transacao_ilegal_licitacoes_passagens_aereas)>. Acesso em: ago. 2008.

MARQUES, Carlos Henrique Magalhães. A “ordem econômica” e o “princípio da subsidiariedade”. 2012. Disponível em: <<http://mmarques.com/legalremarks>>. Acesso em: jan. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 39.ed. São Paulo: Malheiros. 2013.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. Pregão eletrônico no. 010/2013. Número do processo no portal de compras: 1011014 028/2013. Disponível em: <[http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/acompanhe/licitacoes/pregao/pdfs/2013/pregao\\_2013\\_010.pdf](http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/acompanhe/licitacoes/pregao/pdfs/2013/pregao_2013_010.pdf)> Acesso em: abr. 2013.

MIRAGAYA, Ana. O “antes” dos jogos olímpicos de Pequim: a cultura chinesa como base da renovação olímpica In: Fórum de Desenvolvimento do Esporte Olímpico no Brasil. O Brasil nos jogos olímpicos de Pequim, São Paulo, nov. 2008. Grupo de Estudos Olímpicos Universidade Gama Filho. Disponível em: <[http://www.sportsinbrazil.com.br/artigos\\_papers/o\\_antes\\_de\\_pequim.pdf](http://www.sportsinbrazil.com.br/artigos_papers/o_antes_de_pequim.pdf)>. Acesso em: abr. 2013.

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. Sobre a evolução do Estado. Do Estado absolutista ao Estado Democrático de Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 16, n. 2833, abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18831>>. Acesso em: dez. 2012.

MUNIZ, C. C. B. O princípio da eficiência na administração pública brasileira. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 6, p. 85-100, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Taxa de administração nos contratos de gestão de organizações sociais. São Paulo, 2009. Disponível em: <[http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/11/9\\_Taxa\\_de\\_Administracao.pdf](http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/11/9_Taxa_de_Administracao.pdf)>. Acesso em: 26 abr. 2013.

PALMAS, TO. Tribunal de Justiça. Comissão de Licitação. Edital pregão presencial nº 028/2011. Objeto: contratação de empresa/sistema informatizado integrado/ cartão magnético via web. Disponível em: <<http://www.tjto.jus.br/licitacao/arquivos/Preg%E3o%20028-%20Cartao%20Manuten%E7ao%20Frota.pdf>>. Acesso em: jan. 2013.

PEREIRA, P. A. Centralização e exclusão social: duplo entrave à política de assistência social. *Revista Ser Social*, Brasília, n. 3, p. 119-133, 1998.

SAMPAIO, Ricardo Alexandre. A novela das contratações de agências de viagens para fornecimento de passagens aéreas continua! Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/a-novela-das-contratacoes-de-agencias-de-viagens-para-fornecimento-de-passagens-aereas-continua/#.UhPeJOfVCQk>>. Acesso em: ago. 2013.

SANTOS, Alessandra Correa. Passagens aéreas: Instrução Normativa nº 01/2013 do SLTI determina suspensão dos efeitos da IN nº 07/2012. Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/passagens-aereas-instrucao-normativa-no-012013-do-slti-determina-suspensao-dos-efeitos-da-in-no-072012/#.UhTYJ-fVCQk>>. Acesso em: ago.2013.

SEKIDO, Amelia Midori Yamane. Terceirização na administração pública: a gestão e a fiscalização dos contratos. 2010. 61f. Monografia (Especialização em Auditoria Governamental) - Universidade Gama Filho, Brasília.

VAZ, José Carlos; LOTTA, Gabriela Spanghero. A contribuição da logística integrada às decisões de gestão das políticas públicas no Brasil. *Revista de Administração. Pública*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 1, jan./fev. 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122011000100006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122011000100006)>. Acesso em: dez. 2012.

ZYMLER, Benjamin. Contratação indireta de mão-de-obra *versus* terceirização. *Revista do Tribunal de Contas da União*, n.75, jan./mar. 1998.



# **DA IMPOSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA DAS ATAS DE REGISTRO DE PREÇOS NO ÂMBITO DO ESTADO DE MINAS GERAIS: comparativo à evolução legislativa federal**

THIAGO DE OLIVEIRA SOARES\*

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Da impossibilidade de prorrogação das ata de registro de preço. 3 Da possibilidade de prorrogação do contrato derivado de ata de registro de preço. 4 Conclusões.

### **1 INTRODUÇÃO**

O Sistema de Registro de Preços (SRP) está expressamente previsto no art. 15, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e no art. 11, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Trata-se de um conjunto de procedimentos pelo qual realiza-se o registro formal de preços de bens e serviços para eventual contratação pela Administração Pública. Assim, as empresas disponibilizam os bens e serviços a preços e prazos registrados em ata específica e a aquisição ou a contratação é feita quando melhor convier aos órgãos/entidades que integram a Ata.

Nesse sistema a Administração Pública indica o objeto que pretende adquirir e informa os quantitativos estimados e máximos pretendidos. Diferentemente, porém, da licitação convencional não assume o compromisso de contratação, nem mesmo de quantitativos mínimos. Cumpre destacar que o SRP é adotado preferencialmente quando houver necessidade de contratações frequentes e que não seja possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

O SRP, como sistema de compras governamentais, apresenta, entre outras, as seguintes vantagens: ganho de escala em decorrência do maior volume licitado; a não dependência de previsão orçamentária para a sua realização; a possibilidade de adequação à imprevisibilidade de consumo, pois não há obrigatoriedade da contratação; e a redução de custo em decorrência de menor quantidade de licitações.

### **2 DA IMPOSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DAS ATA DE REGISTRO DE PREÇO**

A Constituição Federal prevê, no caput do artigo 37, que a Administração Pública deve obedecer ao princípio da legalidade. Adotada a concepção comum deste princípio, tem-se que a Administração somente pode fazer aquilo que a ordem jurídica lhe autoriza. Dessa forma, conforme preceitua o art. 15, § 3º, inc. III, da Lei nº 8.666/93, a ata de registro de preços terá validade máxima de um ano, não admitindo prorrogação para além desse prazo.

---

\* Procurador do Estado de Minas Gerais. Assessor Jurídico da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais.

A despeito dessa previsão legal, o art. 4º, §2º, do Decreto Federal nº 3.931/01 estabelecia que “é admitida a prorrogação da vigência da Ata, nos termos do art. 57, § 4º, da Lei nº 8.666, de 1993, quando a proposta continuar se mostrando mais vantajosa, satisfeitos os demais requisitos desta norma”.

No mesmo sentido, o Decreto Estadual nº 44.787/08 estabelece, em seu art. 14, caput, que “o prazo de validade da ARP não poderá ser superior a doze meses, contados a partir da assinatura” e o art. 14, §2, dispõe que “é admitida a prorrogação por doze meses da vigência da ARP do SRP para a compra de bens e serviços, quando a proposta continuar se mostrando mais vantajosa, observando-se ainda o seguinte: (...)”.

Entretanto, apesar da previsão expressa, a disciplina regulamentar relativa à vigência da ata determinada pelo Decreto Federal nº 3.931/01 sofreu inúmeras críticas. Da mesma forma, o Decreto Estadual nº 44.787/08 encontra-se em processo de reavaliação, havendo debates legislativos e jurisdicionais acerca de seus termos e sua aplicabilidade. Entendia-se que essas normas não teriam aplicabilidade, pois ao permitir que a ata de registro de preços fosse prorrogada por mais de doze meses havia flagrante conflito com o prazo máximo de um ano estipulado na Lei nº 8.666/93.

Nesse ponto, importante destacar que a finalidade da edição de decreto é regulamentar a lei, garantindo a sua fiel execução, não podendo inovar as disposições legais. Nesse ponto, cumpre ressaltar, consoante a lição de Geraldo Ataliba, que “mesmo as normas jurídicas mais solenes – como é o caso dos regulamentos [...] – somente são obrigatórias na medida em que rigorosamente fiéis aos textos legais [...]”. Caso um ato normativo secundário, a exemplo do decreto, contrarie ou extrapole os limites legais, deveremos considerar aquele ato como ilegal, não tendo validade jurídica.

Nesse viés, qualquer modificação ou exceção ao prazo máximo de duração da ata de registro de preço somente poderia ser instituída por lei, visto que a via do decreto não se presta a esse papel. Diante disso, muitos entendiam que a previsão do art. 4º, §2º, do Decreto nº 3.931/01 não devia ser considerada para fins de prorrogação da ata de registro de preços para além do prazo de um ano. Exatamente nesse sentido, sobreveio, em âmbito federal, a Orientação Normativa nº 19, da Advocacia-Geral da União (AGU):

O prazo de validade da ata de registro de preços é de no máximo um ano, nos termos do art. 15, §3º, inc. III, da Lei nº 8.666, de 1993, razão porque eventual prorrogação da sua vigência, com fundamento no §2º do art. 4º do Decreto nº 3.931, de 2001 somente será admitida até o referido limite, e desde que devidamente justificada, mediante autorização da autoridade superior e que a proposta continue se mostrando mais vantajosa. (Grifamos)

No mesmo giro, o Tribunal de Contas da União, ao julgar o Acórdão nº 991/2009 – Plenário, manifestou-se a respeito da matéria e corroborou as razões ora expostas, bem como o citado entendimento da AGU em âmbito federal:

O prazo de vigência da ata de registro de preços não poderá ser superior a um ano, admitindo-se prorrogações desde que ocorram dentro desse prazo. (TCU, Acórdão nº 991/2009 – Plenário, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, julgado em 15.05.2009). (Grifamos)

Nesse sentido, foi editado o novel Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15, da Lei nº 8.666/93, e no art. 11, da Lei nº 10.520/02, no âmbito da administração pública federal. Pela análise do art. 12, do supracitado Decreto nº 7.892/2013, denota-se que houve a incorporação legislativa do



entendimento exposto alhures. Assim, vedou-se a prorrogação das atas de registro de preços em âmbito federal de forma definitiva.

Entretanto, há de se considerar que a norma contida no art. 12, do Decreto nº 7.892/2013 apenas explicitou um entendimento doutrinário e jurisprudencial que já vinha sendo adotado na esfera administrativa federal. Destarte, não houve uma mudança brusca de entendimento como divulgado, mas sim, uma mera adequação legislativa à prática que já vinha sendo implementada pelos órgãos federais, sob a orientação da Advocacia Geral da União.

Analisando-se o Decreto Estadual nº 44.787/08, percebemos que a situação não é dissímil àquela ventilada em âmbito federal. O normativo estadual em muito se assemelha ao antigo Decreto Federal nº 3.931/01, mantendo o entendimento acerca da possibilidade de prorrogação da ARP. Entretanto, consoante explicitado ao longo deste parecer, trata-se de situação de incongruência legislativa que deve ser combatida, conferindo-se observância à norma contida no art. 15, III, da Lei nº 8.666/93 e conseqüentemente, garantindo-se aplicabilidade ao sistema constitucional de estruturação hierárquica das normas.

Ante o exposto, a orientação jurídica mais adequada é a de que a validade máxima da ata de registro de preços está adstrita ao limite de um ano imposto pelo art. 15, §3º, inc. III, da Lei nº 8.666/93, de forma a não se admitir prorrogações que ultrapassem esse limite estabelecido pela Lei de Licitações, ainda que o Decreto Estadual nº 44.787/08 contenha previsão em sentido oposto.

### **3 DA POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DO CONTRATO DERIVADO DE ATA DE REGISTRO DE PREÇO**

Restando esclarecido o prazo de validade da Ata de Registro de Preços, passamos a destacar o seguinte esclarecimento. É usual o pensamento dos gestores públicos de que o contrato derivado de um registro de preços somente poderá ter vigência de 1 (um) ano, na linha do entendimento ora apresentado. Nessa linha, para contratos em que o objeto seja prestação de serviços continuados – plenamente possíveis no SRP –, haveria um esvaziamento da modalidade de contratação, visto que as prorrogações, na maioria dos casos, são vantajosas para a Administração, tornando inócuas tais contratações.

Sendo assim, resta saber o limite do prazo de vigência dos **contratos** dela decorrentes. Frise-se que há uma linha tênue, mas de fundamental importância para o deslinde desse ponto. Nos parágrafos anteriores tratamos sobre a impossibilidade de prorrogação da **ata de registro de preços**. Nesse momento, passamos a analisar a possibilidade de prorrogação dos **contratos** oriundos dessa ARP.

Ora, o antigo Decreto Federal nº 3.931/01, por meio de seu art. 4º, §1º, estabeleceu que os contratos decorrentes do SRP terão sua vigência conforme as disposições contidas nos instrumentos convocatórios e respectivos contratos, obedecendo-se ao disposto no art. 57, da Lei nº 8.666/93. Nesse mesmo sentido, o art. 14, §1º, do Decreto Estadual nº 44.787/08 estabelece que “os contratos decorrentes do SRP terão sua vigência conforme as disposições contidas nos instrumentos convocatórios e respectivos contratos, obedecido ao disposto no art. 57 da Lei Federal nº 8.666, de 1993”.

No mesmo giro, o novel Decreto Federal nº 7.892/13 estabeleceu, em seu art. 12, §2º, que “A vigência dos contratos decorrentes do Sistema de Registro de Preços será definida nos instrumentos convocatórios, observado o disposto no art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993”.

Por consequência, contratos de prestação de serviço continuado, por exemplo, podem ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a 60 (sessenta) meses, conforme autorizado pela Lei de Licitações.

Corroborando o entendimento firmado, confirmam-se os dizeres dos eminentes juristas Jacoby Fernandes e Sidney Bittencourt, respectivamente:

Pode ocorrer que o objeto do SRP seja, por exemplo, conversação e limpeza, vigilância, manutenção de rede, etc – serviços notoriamente contínuos, com preços registrados por um ano. No curso desse lapso temporal, pretendendo a Administração firmar contrato, deverá fazê-lo com observância das regras do art. 11 do Decreto nº 3.931/01 e art. 57, inc. II, da Lei nº 8.666/93, firmando o contrato e, daí em diante, admitindo-se a prorrogação até o prazo máximo de 60 meses.

As contratações realizadas com fundamento numa Ata de Registro de Preços só têm validade se realizadas dentro do prazo de validade desse instrumento; no entanto, a execução do contrato pode ocorrer após o término desse prazo, sendo importante, nesse caso, que o documento contratual, ou seu substitutivo, tenha sido celebrado ou emitido ainda dentro desse lapso temporal.

No Manual sobre Sistema de Registro de Preços, a Controladoria-Geral da União igualmente abordou o tema, concluindo que:

(...) o Planejamento do SRP deverá ser feito para um período máximo de um ano, pois o prazo máximo de vigência da Ata de Registro de Preços também será esse. No entanto, será admitida a prorrogação daqueles contratos assinados decorrentes dessa Ata, de acordo com as regras previstas no art. 57 da Lei nº 8.666/93, desde que esse contrato inicial (e não a prorrogação) tenha sido assinado durante a vigência da Ata. Em outras palavras, isso significa que um contrato decorrente de uma Ata de SRP, a partir de sua assinatura, passa a se vincular às regras do art. 57 da Lei nº 8.666/93.

Dito isso, cumpre observar que a vigência do contrato derivado da ata de registro de preços não está vinculada ao prazo de validade da ata da qual se originou, pois não há disposição normativa restrigente nesse sentido. Tratam-se, pois, de instrumentos diversos e independentes entre si, bastando apenas que o contrato seja assinado dentro do prazo de validade da ata.

#### **4 CONCLUSÃO**

Ante o exposto, concluímos que até que haja a publicação de novel decreto estadual atualizando a regulamentação do Sistema de Registro de Preços no estado de Minas Gerais, é prudente que seja feita uma releitura do atual Decreto de acordo com as orientações do Tribunal de Contas da União. Dessa forma, entende-se pela impossibilidade de prorrogação das atas de registro de preços já existentes, com a ressalva de que os contratos originários daquelas atas poderão ser prorrogados, nos termos da fundamentação supra.

# **RELATÓRIOS DE GRUPOS DE ESTUDO DE TESES JUDICIAIS**



## ESTADO-DA-ARTE E PROPOSTAS SOBRE A GESTÃO JURÍDICA DE PARTICIPAÇÕES GOVERNAMENTAIS ORIUNDAS DA EXPLORAÇÃO DE HIDROCARBONETOS FLUIDOS\*

### I) INTRODUÇÃO

O Advogado-Geral do Estado, por intermédio da Ordem de Serviços n. 72/2013, instituiu, no âmbito desta Advocacia-Geral, Grupo de Estudos sobre a matéria “distribuição de royalties de petróleo”, a fim de convergir esforços para coligir teses que auxiliem na propositura de ações e posturas que resguardem os interesses da Fazenda Pública.

O tema é extrema relevância, não apenas para Minas Gerais, como também para os demais Estados da Federação, sobretudo os estados continentais. Calha rememorar que Estados-costeiros, notoriamente liderados pelos esforços fluminenses, ajuizaram, perante o Supremo Tribunal Federal, Ações Diretas de Inconstitucionalidade arguindo os critérios, postos pela União Federal, para a distribuição dos royalties de petróleo oriundos da exploração de hidrocarbonetos levada a cabo na camada pré-sal.

Sobre esse tema, seria despidendo observar que o Estado de Minas Gerais, enquanto pessoa jurídica política de direito público interno e, pois, integrante da federação, detém representatividade e legitimidade questionar a medida adotada pelos estados costeiros. À guisa de argumentação de ordem fática, a restauração da ordem jurídica pretérita (suspensa na decisão da Medida Cautelar) conduzirá à supressão de importante soma de recursos – os quais podem montar cifras superiores a R\$ 320.000.000,00 (trezentos e vinte milhões de reais) ao ano – que serão destinados ao Estado de Minas Gerais, *ex vi* do disposto na Lei nº 12.734/2012. Confira-se a projeção preliminar da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais:

PROJEÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO COM INCREMENTO MÉDIO DE 14% A.A.										
	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	
TOTAL DO ROYALTIES	13.000.000.000	14.820.000.000	16.894.800.000	19.260.072.000	21.956.482.080	25.030.389.571	28.534.644.111	32.529.494.287	37.083.623.487	
TOTAL PART.ESPECIAIS	15.000.000.000	17.100.000.000	19.484.000.000	22.223.160.000	25.334.402.400	28.881.218.736	32.924.589.359	37.534.031.869	42.788.796.331	
ROYALTIES+P.ESPECIAIS	28.000.000.000	31.920.000.000	36.388.800.000	41.483.232.000	47.290.884.480	53.911.608.307	61.459.233.470	70.063.526.156	79.872.419.818	
FPE ROYALTIES - %	24,5	24,5	24,5	24,5	24,5	24,5	24,5	24,5	24,5	
FPE P. ESPECIAIS - %	9,5	10,0	11,0	12,0	12,5	13,5	14,5	15,0	15,0	
RS ROYALTIES	3.185.000.000	3.630.900.000	4.139.226.000	4.718.717.640	5.379.338.110	6.132.445.445	6.990.987.807	7.969.726.100	9.085.487.754	
RS P. ESPECIAIS	1.425.000.000	1.710.000.000	2.144.340.000	2.666.779.200	3.166.800.300	3.690.964.529	4.274.065.457	4.930.104.780	5.648.319.450	
<b>TOTAIS ROYALTIES + PARTICIPAÇÕES ESPECIAIS PARA ESTADOS INTERIORES</b>	<b>4.610.000.000</b>	<b>5.340.900.000</b>	<b>6.283.566.000</b>	<b>7.385.496.840</b>	<b>8.546.138.410</b>	<b>10.011.409.974</b>	<b>11.765.053.264</b>	<b>13.599.830.881</b>	<b>15.503.807.204</b>	
<b>VALORES DEVIDO A INIC. COM FPE PROPORCIONALIZADO DE 6,96%</b>	<b>320.856.000</b>	<b>371.726.640</b>	<b>437.336.194</b>	<b>514.030.580</b>	<b>594.811.233</b>	<b>698.186.134</b>	<b>818.847.707</b>	<b>946.548.229</b>	<b>1.079.064.981</b>	

O tema, de *per se*, releva a dimensão dos interesses patrimoniais envolvidos. É de se observar, porém, que a temática não se esgota apenas e tão somente na questão distribuição dos royalties oriundos da exploração de petróleo, uma vez que as participações governamentais oriundas da exploração de jazidas minerais detém regime jurídico análogo.

Isso posto, passar-se-á a perquirir acerca dos principais aspectos jurídicos concernentes à matéria.

### II) REGIME JURÍDICO DA DISTRIBUIÇÃO DAS PARTICIPAÇÕES GOVERNAMENTAIS ORIUNDAS DA EXPLORAÇÃO DE HIDROCARBONETOS, CUJAS JAZIDAS ESTEJAM LOCALIZADAS EM TERRA OU ÁGUAS INTERIORES

\* Relatório do Grupo de Estudos aprovado pelo Advogado-Geral do Estado.

O marco jurídico que disciplina a distribuição dos royalties e participações governamentais oriundos da exploração de hidrocarbonetos fluidos sofreu profundas alterações com o advento da Lei Federal nº 12.351, de 22 de Dezembro de 2010, bem como das alterações promovidas pela Lei Federal nº 12.734/2012. Importa observar que vários dispositivos do supramencionado diploma legal foram objeto de veto presidencial, a que se seguiu a edição da Medida Provisória nº 592/2012. Inobstante a decisão presidencial, houve por bem o Congresso Nacional, em sede de apreciação ulterior, rejeitar o veto, restaurando a legislação originária.

Em que pese a decisão do Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal, em voto monocrático da lavra da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, deferiu medida cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.917 (à qual estão apensadas as ADIs 4.916, 4.918 e 4.920), para suspender os efeitos das alterações promovidas pela Lei nº 12.734/2012 na Lei nº 9.478/97, quais sejam aquelas promovidas nos artigos 42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; § 2º do art. 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E.

Importa, pois, *prima facie*, delimitar o atual quadro normativo aplicável à matéria, fazendo-se, contudo, expressa ressalva quanto à possibilidade de futuras alterações, em função do julgamento final das supramencionadas ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Verifica-se que o regime jurídico inaugurado pela Lei nº 12.351/2010, a teor do disposto em seu art. 1º, aplica-se às jazidas localizadas em áreas do pré-sal, portanto situadas no subsolo do mar territorial, na Plataforma Continental ou na Zona Econômica Exclusiva, bem como àquelas localizadas em áreas estratégicas. Observe-se, ainda, que a lei, em seu art. 2º, inciso V, define a área estratégica como “região de interesse para o desenvolvimento nacional, delimitada em ato do Poder Executivo, caracterizada pelo baixo risco exploratório e elevado potencial de produção de petróleo, gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos”.

Nesse passo, a disciplina da distribuição das participações governamentais oriundas da exploração de hidrocarbonetos em terra ou em águas interiores observará o marco legal insculpido na Lei nº 9.478/97, que dispõe sobre a política energética nacional. Em princípio, não se pode cogitar de aplicação analógica do disposto alhures, em especial das normas aportadas ao ordenamento pela Lei nº 12.351/2010, porquanto existe norma específica aplicável à espécie.

Importa notar, outrossim, que a Lei nº 9.478/97 foi alterada pela Lei nº 12.734/12, sendo esta, de sua parte, objeto de controle concentrado de constitucionalidade, cuja medida cautelar, para suspensão de seus efeitos, foi deferida pelo Supremo Tribunal Federal, como supramencionado. A disciplina posta, assim, *hic et nunc*, é aquela originária da Lei nº 9.478/97, acrescida das alterações promovidas pela MP nº 592/2012, uma vez que, conquanto haja pedido expresso nesse sentido, a decisão cautelar não alcançou, por arrastamento, a MP nº 592/2012.

As participações governamentais, oriundas da exploração de hidrocarbonetos não se circunscrevem aos *royalties*, mas incluem, bem assim, os bônus de assinatura, as participações especiais e pagamentos pela ocupação ou retenção de área. O bônus de assinatura é pago ao poder concedente, quando da assinatura do contrato de concessão, como remuneração pela outorga. Cabe, pois, à União, titular, por força constitucional, das jazidas.

Os *royalties*, de outro lanço, corresponderão a dez por cento da produção de hidrocarbonetos, ressalvada a possibilidade de redução contratual, se prevista no edital de

licitação, a juízo da Agência Nacional do Petróleo, que considerará os riscos geológicos, as expectativas de produção, bem como outros fatores determinantes da exploração.

A distribuição dos *royalties*, oriundos da lavra de Hidrocarbonetos, em terra ou em águas interiores, observará os seguintes critérios:

- (a) A parcela do *royalty* que representar 5% da produção será distribuída segundo os critérios constantes da Lei Federal nº 7.990, de 28 de Dezembro de 1989. Assim, caberão as seguintes parcelas:
  - (a.1) 70% aos Estados produtores;
  - (a.2) 20% aos municípios produtores; e
  - (a.3) 10% aos Municípios onde se localizem as instalações terrestres de embarque e desembarque do gás natural. (Art. 48 da Lei nº 9478/97, c/c Art. 27 da Lei nº 2.004/53, com redação dada pelo art. 7º da Lei nº 7.990/89).

Observe-se, ainda, que os Estados transferirão, de seu montante, 25% aos municípios de seu território, observados os critérios do art. 158, IV e parágrafo único, da CF/88, *i. e.*, segundo os critérios do Valor Agregado.

- (b) A parcela do *royalty* que exceder a 5% da produção será assim distribuída:
  - (b.1) 52,5% caberão aos Estados onde ocorrer a produção;
  - (b.2) 15% caberão aos Municípios onde ocorrer a produção;
  - (b.3) 7,5% caberão aos Municípios afetados pelas operações de embarque e desembarque de gás natural, segundo os critérios da ANP;
  - (b.4) 25% serão consignados ao orçamento fiscal do Ministério da Ciência e Tecnologia;

Calha anotar, por oportuno, que, na eventualidade de que a produção apresente grande volume ou, alternativamente, mostre-se de alta rentabilidade, surgirá, para o concessionário, a obrigação de pagar participação especial, cujo montante será assim distribuído:

- (a) 40% serão consignados ao orçamento fiscal do Ministério de Minas e Energia;
- (b) 10% serão consignados ao orçamento fiscal do Ministério de Meio Ambiente;
- (c) 40% ao Estado onde ocorrer a produção em terra ou em águas interiores;
- (d) 10% ao Município onde ocorrer a produção em terra ou em águas interiores.

Naquilo que concerne à participação especial, para os contratos firmados após 03 de Dezembro de 2012, haverá progressiva diminuição dos quinhões cabíveis aos estados e municípios, em cujos territórios localizem-se as jazidas, em benefício dos Fundos Especiais, cujo critério de repartição atenderá aos critérios de rateio dos Fundos de Participação dos Estados e Municípios. Nessa toada, o quinhão estadual de participação especial reduzir-se-á, paulatinamente, até o percentual de 20%, em 2020, observado escalonamento, constante do Anexo III, da Lei Federal nº 9.478/97, introduzido pela MP nº 592/2012.

#### **IV) DA APROPRIAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INADEQUADA DO CONCEITO DE TERRITÓRIO E DE “ESTADO-PRODUTOR”**

As ações diretas de inconstitucionalidade supramencionadas questionam a Lei Federal nº 12.734/2012 à luz de alegada infringência ao art. 20, § 1º da CF/1988. Subjaz por

detrás de todos os argumentos tecidos em desfavor da adequação constitucional da lei o conceito de território, o qual fundamenta, de sua parte, o uso da expressão “estado-produtor” (e sua símile “município-produtor”), para designar aquelas unidades subnacionais, que, supostamente, fariam jus, em caráter exclusivo, às participações governamentais devidas em razão da exploração de petróleo, gás e hidrocarbonetos fluidos.

A Lei nº 12.734/2012 alterou o regime jurídico de distribuição dos *royalties*, insculpido nas Leis nº 9.478/97 e nº 12.351/2010 de modo geral. A questão constitucional que se coloca, porém, concerne à distribuição dos royalties devidos em função da exploração de recursos energéticos oriundos da plataforma continental, do mar territorial e da Zona Econômica Exclusiva.

Observe-se, preambularmente, que inexistente controvérsia naquilo que tange à distribuição de *royalties* oriundos de lavra em terra, lagos, rios ou ilhas fluviais e lacustres. Explica-se: o legislador manteve, acertadamente, os percentuais de distribuição dos royalties devidos em função da exploração nessas circunstâncias. Ora, havendo exploração em terra, lagos, rios ou ilhas fluviais e lacustres, a situação fática e jurídica recomenda o pagamento de participação, em caráter de exclusividade, aos Estados e Municípios chamados, corretamente, produtores, bem como aos demais municípios afetados direta e imediatamente pela lavra. Nessa hipótese, os *royalties* cumprirão sua função precípua de, nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, indenizar pela “inviabilização do desenvolvimento de atividades produtivas **na superfície**”<sup>1</sup>. Calha, pois, observar que a concentração de recursos de *royalties* e participações especiais nas esferas subnacionais, efetivamente produtoras, deve cingir-se à circunstância de que a lavra ocorra em terra (e, portanto, no território de cada um dos entes federados), lagos, rios ou ilhas fluviais ou lacustres. Essa concentração justifica-se, sob o prisma jurídico, na consequência fática da exploração, que é a perda de potencial produtivo da superfície, seja pela indisponibilização de *per se* do espaço para a produção, seja pelo esgotamento dos recursos naturais típicos do solo e das águas interiores. Não merece ser essa, porém, a solução a ser dada à exploração na plataforma continental, no mar territorial ou na Zona Econômica Exclusiva, uma vez que se vislumbra um pressuposto fático e jurídico absolutamente distinto.

Impende notar que não se pode, sob o prisma jurídico e político, falar em território de unidade subnacional, quando se tem em mira as áreas da plataforma continental, do mar territorial ou da Zona Econômica Exclusiva.

O território, tomado como realidade jurídica, é explicado, por Duguit e Michoud, pela teoria do território-limite. Sob essa perspectiva, o conceito jurídico de território é dado como a limitação espacial do poder estatal. A teoria do território-limite foi especialmente desenvolvida a partir de 1905, com os trabalhos de Radnitzky, evoluindo para a concepção de “território-título de competência” – doutrina aceita por Kelsen, Verdross, Basdevant, Scelle e Bourquin. Nos termos da concepção de território-título de competência, sua noção alia-se à ideia de título jurídico essencial ao exercício da competência estatal.

A CF/88 trata de forma explícita o tema, espancando qualquer espécie de dúvida naquilo que tange à inexistência de território estadual e subnacional, quer no mar territorial, quer na plataforma continental, quer na Zona Econômica Exclusiva. O art. 20, inciso VI, arrola expressamente entre os bens da União o mar territorial, bem como os recursos naturais

---

<sup>1</sup> Cf. Recurso Extraordinário nº 228.800-5 – Distrito Federal. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 25.09.2001. D. J. 16.11.2001



da Plataforma Continental e da Zona Econômica Exclusiva, nos termos do inciso V do supramencionado dispositivo constitucional.

Ora, uma vez que as unidades subnacionais não dispõem de qualquer estirpe de competência exercível no âmbito do mar territorial, da plataforma continental, tampouco da Zona Econômica Exclusiva, não se há falar de território subnacional nessas áreas, ainda que por mera ficção jurídica. Torna-se, pois, patente a necessidade de tratamento diverso daquele dispensado àquelas lavras em terra firme. Os estados-federados não exercem qualquer parcela de competência, seja legislativa, seja material, nas áreas em questão, sendo, assim, juridicamente impossível atribuir-lhes qualquer prerrogativa, que decorra dessa suposta condição.

Ainda além, na plataforma continental, bem como nas zonas contíguas, quais sejam as zonas de pesca e a zona econômica exclusiva, o Estado brasileiro exerce apenas seus direitos de soberania ou jurisdição funcional<sup>2</sup>. Bem por isso, o constituinte foi preciso ao atribuir à União apenas a titularidade sobre os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, não se reportando às áreas consideradas em si mesmas.

A utilização, preordenadamente difundida nos meios de comunicação em massa, da expressão “estado-produtor” de petróleo, para referir-se, por antonomásia, àquelas unidades subnacionais que se arvoram em titulares exclusivas dos *royalties* oriundos da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos na plataforma continental, no mar territorial e na zona econômica exclusiva, contribui para a formação deturpada da convicção jurídica acerca do tema. Ao fazer incutir na opinião pública a ideia de que sejam as unidades subnacionais as produtoras reais dos recursos energéticos extraídos de zonas alheias a seu território, pretendem granjear simpatia a seu pleito, em detrimento da justa atribuição jurídica – tomada, aqui, em sentido técnico.

#### **V) MAR: SENTIDO JURÍDICO E IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE APROPRIAÇÃO EXCLUSIVA DOS RECURSOS POR DETERMINADA UNIDADE SUBNACIONAL**

O Direito do mar vem sendo modificado ao longo da história, mercê, sobretudo, da difusão do transporte marítimo, bem como das preocupações estratégicas, na dimensão da defesa nacional. Datam da Idade Média e dos primórdios do Renascimento as ambições de exclusividade sobre as porções do mar. Em pesem os esforços de Selden, foi a concepção de liberdade dos mares, do holandês Grotius, que se fez prevalecer.

A partir de meados do século XIX surgem as primeiras codificações das normas consuetudinárias que atinem aos espaços marítimos, com a Declaração de Paris de 1856, detalhadas na Convenção de Haia de 1907.

Ocorre, porém, que o período entre-guerras viu recrudescer os apetites pelos recursos haliêuticos e pela perspectiva de valorização dos recursos energéticos e, sobretudo, minerais, do solo e do subsolo marinhos<sup>3</sup>. Em 1958, a primeira Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar adotou quatro tratados sobre o tema, que viriam a ser revisadas em 1960, por iniciativa especial dos países do então chamado bloco do Terceiro Mundo, interessados nos recursos, energéticos e polimetálicos, dos fundos marinhos. Essa revisão esteve insculpida na Resolução nº 2749 (XXV), de 17 de Dezembro de 1970, da Assembleia

<sup>2</sup> Cf. Corte Internacional de Justiça, *Plataforma Continental do Mar Egeu*, Rec. 1978. p. 37.

<sup>3</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Trad. Vítor Marques Coelho. 2.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003. p. 1168 *et seq.*

Geral das Nações Unidas. Em 1973, a terceira Conferência da ONU sobre o Direito do Mar deu origem à Convenção de Montego Bay, de 1982, que, contemporaneamente, segue dando as balizas do tema, ao lado do ordenamento constitucional interno. A Convenção de Montego Bay testemunhou o predomínio das posições esposadas pelos Estados-costeiros, inaugurando uma nova clivagem no âmbito das relações internacionais.

O mar territorial, definido como a zona marítima adjacente às águas interiores, ou, eventualmente, às arquipelágicas, constitui, nos termos do art. 20, inciso VI da CF/88, propriedade da União. Qualifica-se, pois, como extensão do território nacional, onde são exercidas competências econômicas e em matéria de polícia exclusivas da União. É de conhecimento difundido a fórmula de Bynkershoek, segundo a qual “o poder do Estado acaba onde termina a força de suas armas”. Nota-se, pois, que atribuição da propriedade à União é decorrência ínsita à sua personalidade de Direito Internacional Público, bem como a seu regime de competências exclusivas e privativas a incidir sobre a área. Não se pode, pois, coadunar com a existência de territórios subnacionais no mar territorial. Nesse passo, pode-se, com mais precisão, empregar a terminologia “mar patrimonial”.

Naquilo que tange à Plataforma Continental<sup>4</sup>, é importante observar que sequer pode-se tratá-la como parte integrante do território nacional. Seu conceito jurídico remonta à célebre Declaração de Truman, de 28 de Setembro de 1945, concernindo àquela zona, nas quais os Estados, a despeito de não exercerem sobre as áreas direitos reais, podem, com exclusividade, ali ostentar direitos de exploração soberanos. Nessa toada, o constituinte atribuiu à União a titularidade dos recursos da Plataforma Continental. Ora, nessa hipótese, com maior evidência, afigura-se insustentável a defesa de sobreposição de territórios ou a existência de qualquer parcela de território ou competências subnacionais, porquanto inexistente sequer o domínio nacional sobre a área – regime esse que é análogo àquele da Zona Econômica Exclusiva. Não se há falar, com maior razão, em “estados-federados produtores”, quando se tem em mira a exploração de hidrocarbonetos nessa zona. A própria noção, outrora consagrada, de prolongamento do território, vem sendo matizada nas cortes internacionais, para dar ênfase à ideia de adjacência e distância<sup>5</sup>.

Por seu turno, a Zona Econômica Exclusiva tampouco integra o conceito de território, constituindo, em verdade, a juridicização de um conceito progressivamente extraído da prática consuetudinária internacional, consubstanciado, com efeito, em um compromisso de abstenção, por parte das nações, de interferência, com fins econômicos, em uma determinada porção, mais alargada, do mar adjacente àquela porção territorial-dominial do mar. Essa noção vem consagrada na Quinta Parte da Convenção de Montego Bay, qualificada pelo regime jurídico aplicável às suas águas, a seu subsolo e ao espaço aéreo sobrejacente, notadamente naquilo que tange ao aproveitamento da energia eólica<sup>6</sup>. Os direitos sobre a Zona

---

<sup>4</sup> Inicialmente, cuida-se de um conceito geográfico, que designa o leito do mar e o subsolo das regiões marinhas, inclinando-se em suave declive e se detendo no local onde a água cobre e alcança uma profundidade de 200 metros em média, designando-se como talude continental.

<sup>5</sup> Cf. Acórdãos de 24 de Fevereiro de 1982 e de 12 de Outubro de 1984 da C.I.J., sobre o caso da *Plataforma Continental* (Tunísia/Líbia), bem como os Recursos 1982 (p. 61) e 1984 (p. 277) da Câmara para o Conflito do Golfo do *Maine*.

<sup>6</sup> É imperativo analisar a questão da distribuição dos royalties da exploração de hidrocarbonetos do subsolo marinho sob o seguinte prisma: fariam jus, em caráter exclusivo, os estados-federados costeiros, aos royalties pela exploração do potencial de energia eólica? A questão, que soa absurda, expõe o miasma à mais límpida clareza. Inexiste qualquer direito preferencial dos estados-costeiros à distribuição do proveito econômico dos recursos energéticos do mar, de seu subsolo ou espaço aéreo sobrejacente.

Econômica Exclusiva não derivam da continuidade ou da contiguidade com o território terrestre, mas têm um fundamento exclusivamente funcional<sup>7</sup>.

Inexiste, portanto, qualquer fundamento de ordem jurídica ao pretense direito exclusivo, de quaisquer entes da federação, ao proveito econômico oriundo da exploração dos recursos naturais (mormente os energéticos) do subsolo marinho. Não há, outrossim, quaisquer razões de ordem histórica que conduzam à interpretação claudicante dada pelos autores da ADIs, uma vez que a Federação Brasileira, urdida em 1891, não tem como antecedentes estados autônomos e soberanos, inexistindo soberania residual<sup>8</sup>.

#### **VI) A REGULAMENTAÇÃO DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL: O CONGRESSO NACIONAL LEGÍTIMO E ADEQUAÇÃO DA LEI Nº 12.734/2012 À CONSTITUIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE TUTELA CONTRAMAJORITÁRIA NO CASO *SUB EXAMINE***

Os autores da Ações Diretas de Inconstitucionalidade supramencionadas atribuem ao Congresso Nacional, ao editar a Lei nº 12.734/2012, suposta violação à Constituição, em especial ao disposto em seu art. 20, § 1º. O Constituinte assim preconizou:

“É assegurado, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos naturais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva ou compensação financeira por essa exploração”

O Congresso Nacional, no exercício do Poder Legislativo, por intermédio dos representantes eleitos, fez aprovar a lei, a que expressamente alude o dispositivo constitucional, com vistas a regulamentar a distribuição dos *royalties* decorrentes da lavra de petróleo e outros hidrocarbonetos, realocando os recursos oriundos das lavras da plataforma continental, do mar territorial e da Zona Econômica Exclusiva. Os autores das supramencionadas ADIs vislumbram uma agressão ao texto constitucional nessa redistribuição.

Observe-se, preambularmente, que o Congresso Nacional não suprimiu os recursos outrora destinados aos entes-costeiros, mas, antes, adicionou uma participação destinada aos municípios e estados interiores. Ora, no exercício do Poder Legislativo, observando a força cogente do princípio majoritário, o Congresso Nacional fez aprovar o diploma legislativo, apto, sob o prisma constitucional, a disciplinar a distribuição dos recursos. Não houve, repita-se, supressão da participação dos estados-costeiros. Ante a inexistência de razões que recomendassem, sob a perspectiva fática, a concentração de recursos em determinadas entidades federadas, o Poder Legislativo, em homenagem ao princípio que impõe a redução das desigualdades regionais (art. 3º, inciso III), reescalou a repartição dessa receita originária e patrimonial da União.

Os autores das ADIs pretendem obter do Supremo Tribunal Federal uma espécie de tutela contramajoritária. É dizer, superados no plano político (competente para determinar

<sup>7</sup> Cf. DINH, Nguyen Quoc (...). *Op. cit.* p. 1203. Acórdão de 12 de Outubro, no Rec. 1984, da Câmara para *Delimitação da fronteira marítima da região do Golfo do Maine*, p. 296.

<sup>8</sup> Maria Inês Chaves de Andrade, dando interpretação análoga ao art. 214 da Convenção de Montego Bay, defende explicitamente o direito de participação dos estados-membros interiores da federação à compensação pela exploração de recursos naturais da plataforma, em benefício do “próprio desenvolvimento desses mesmos Estados-Membros sem litoral”. Cf. ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *A Plataforma Continental Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 138.

o desenvolvimento da nação, pela via da distribuição estratégica de suas riquezas), arvoram-se na condição de minoria tiranizada, almejando encontrar amparo na Suprema Corte, ao argumento de suposta ofensa à Constituição.

Com efeito, o Supremo Tribunal ostenta, por força constitucional, o papel de garante contramajoritário. O eminente Ministro Celso de Mello assim já manifestou acerca da função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal:

“Cabe registrar, finalmente, que os precedentes a que me referi no início desta decisão (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) refletem, com absoluta fidelidade, a função contramajoritária que, ao Supremo Tribunal Federal, incumbe desempenhar no âmbito do Estado democrático de Direito, em ordem a conferir efetiva proteção às minorias. Trata-se, na realidade, de tema que, intimamente associado ao debate constitucional suscitado nesta causa, concerne ao relevantíssimo papel que compete a esta Suprema Corte exercer no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica”<sup>9</sup>

Nesse e em outros precedentes<sup>10</sup>, o Supremo Tribunal Federal reafirmou seu papel institucional e político de resguardar a constituição. Ocorre, porém, que, neste ponto, faz-se necessário nos valermos da técnica do *distinguishing*. Como é cediço, a aplicação de determinado precedente das cortes constitucionais pode e deve ser afastada, como restará evidenciado, na hipótese em que o caso *sub examine* guarde distinções fáticas e jurídicas aptas a torná-lo singular à luz daqueles outros precedentes que, supostamente, prestar-se-iam a deslindá-lo. O Supremo Tribunal Federal assentou entendimento no sentido de que as tutelas contramajoritárias prestam-se a resguardar direitos e liberdades individuais que estejam em risco ou ameaçados por deliberações de uma maioria posta. A tutela dispensada pela Corte Constitucional, pois, visa a resguardar os direitos fundamentais, positivados no sistema constitucional, quando estejam em vias de serem vilipendiados por qualquer pretensão maioria que se queira legítima. Não será esse, porém, o caso em tela.

A norma impugnada pelas ADIs supramencionadas foi aprovada pelo parlamento eleito, legítimo depositário constitucional do Poder Legislativo. A Constituição, na redação de seu art. 20, §1º, cometeu ao legislador a competência para, regulamentando-a, dispor acerca da distribuição das participações governamentais devidas em função da exploração de recursos naturais. Ora, quisesse o texto constitucional restringir a participação, no caso do mar territorial, da plataforma continental e da Zona Econômica Exclusiva, aos entes-federados costeiros, tê-lo-ia expressamente feito. Estamos, assim, diante do chamado silêncio eloquente da Constituição, que desautoriza qualquer interpretação exclusivista, sombreada por apetites regionais desmesurados.

No caso *sub examine* não se pode pretender do Supremo Tribunal Federal qualquer sorte de tutela contramajoritária, por duas razões: (a) não se tem em mira qualquer espécie de ameaça a direitos ou liberdades fundamentais individuais de minorias, previstos expressamente na constituição, a autorizar a pretendida tutela; e (b) a força normativa da constituição, que imanta todo o sistema jurídico, homenageia o princípio republicano basilar da separação dos poderes, de modo a repelir quaisquer tentativas de converter o pretório excelso em instância revisora de decisões políticas, quando consentâneas com o texto constitucional. Impõe-se, portanto, recordar as palavras do eminente Ministro Luiz Fux:

---

<sup>9</sup> Recurso Extraordinário 477.554. Relator Min. Celso de Mello. DJe 3.8.2011.

<sup>10</sup> Cf., v.g., ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF.

“A afirmação de que o Supremo Tribunal Federal é um Tribunal contramajoritário, para bater no peito e dizer que ele julga contra a vontade do povo, não tem a menor procedência. O Supremo Tribunal Federal pode ser contramajoritário quando decide contra a maioria parlamentar, quando decide direitos da minoria previstos na Constituição. O Supremo Tribunal não é contramajoritário para ir contra a opinião da população [...]”<sup>11</sup>

Ora, o Supremo Tribunal Federal, cuja jurisdição está investida inequivocamente de poderes contramajoritários, não está diante qualquer ameaça a direitos ou liberdades individuais fundamentais. Não há uma minoria tolhida. Não se está em causa, apropriando-nos de expressão já encampada por essa egrégia Corte, o *right to pursue happiness*. O que almejam os autores, em verdade, é ultrapassar e derribar a distribuição da riqueza nacional legitimamente aprovada pelo parlamento eleito, socorrendo-se desse Supremo Tribunal Federal. A medida de equilíbrio da federação, arrimada na justa distribuição de suas receitas, foi assentada pelo parlamento, *locus* político constitucional legítimo para fazê-lo.

O Estado do Rio de Janeiro, em sua petição inicial, nos autos da ADI nº 4.917, afirma, à p. 19, haver sido “implacavelmente discriminado ao longo de todo o regime militar, por sua tradição de oposição ao poder arbitrário e resistência democrática”. Malgrado cuide-se de uma impressão subjetiva, não nos parece que o argumento – ao qual não podemos aderir – possa conduzir à interpretação pela inconstitucionalidade da Lei nº 12.734/2012, porque, a uma, não se extrai logicamente de suposta perseguição pretérita o direito constitucional a uma respectiva compensação histórica, e, a duas, porque não nos parece que o regime militar autoritário tenha, deliberadamente, perseguido determinadas unidades da federação, consideradas em sua dimensão pública e política, a despeito do cerceamento, hoje incontestado, de incontáveis personagens defensores das franquias democráticas. Acaso Minas Gerais, por exemplo, não foi berço de grandes defensores da República Democrática? Refugiando à necessidade de decantar outros exemplos de homens e mulheres que batalharam pela restauração da normalidade, mencionamos apenas e tão-somente a figura do Presidente Eleito Tancredo Neves – abstendo-nos de trazer à baila o alferes Tiradentes –, síntese da luta nacional contra o autoritarismo. Não cremos possa prosperar semelhante argumento, que se bate pelo suposto direito a uma compensação histórica.

## **VII) ROYALTIES: NATUREZA, FUNÇÃO E INSERÇÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL**

Os *royalties* e as demais formas de participação governamental são um *quantum* devido ao Estado em função da exploração econômica de recursos naturais, notadamente os hidrocarbonetos, de conteúdo energético, bem como os potenciais de energia. Constituem, logo, modalidade de receita originária patrimonial, distinta, em essência, dos tributos.

Coloca-se, pois, questão de se definir a natureza jurídica das receitas oriundas da exploração recursos energéticos. Em recente tese defendida perante a Universidade de São Paulo, Andressa Torquato Fernandes defende que os *royalties* detém natureza jurídica de receita de capital, uma vez que, em sua visão, decorrem da alienação de bem integrante do patrimônio do Estado. Essa interpretação aporta, de imediato, uma consequência, qual seja a limitação do emprego dos recursos advindos da exploração. Explica-se: em sendo considerados receita de capital, os *royalties* apenas poderão ser empregados em despesas de capital, investimentos e inversões financeiras, vedada a aplicação em custeio, nos termos do disposto no art. 44 da LRF.

<sup>11</sup> Ação Direta de Constitucionalidade nº 29/DF. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em 16.02.2012. DJe 29.06.2012.

A tese, porém, não nos parece plenamente sustentável, porque define a natureza jurídica em função das repercussões pragmáticas que dela recorrem. Por certo, deve-se buscar afastar o risco da chamada “doença holandesa”, como se costuma denominar os fenômenos de aprofundamento das desigualdades sociais e da desindustrialização nos países que detém jazidas abundantes de recursos primários. A modalidade de aplicação dos recursos não pode, porém, ser coarctada pela artificial definição de sua natureza jurídica. O único instrumento efetivamente apto a criar balizas para sua aplicação é a lei. Cremos, pois, que as receitas de *royalties* e demais participações governamentais revestem-se, efetivamente, de natureza de receitas correntes patrimoniais. Ora, o Estado não aliena as jazidas, mas, antes, permite sua exploração, mediante concessão. Pode, pois, retomá-la, encampá-la ou declarar sua caducidade. Não há alienação de patrimônio, mas retribuição por sua exploração. Argumentar-se-ia que o petróleo é bem finito e não-renovável. Não é essa circunstância, entretanto, que altera a substância da modalidade de exploração constitucionalmente admitida. O regime jurídico da exploração não se dá por alienação, mas por concessão. Compreender de forma diferente, implica em subverter, por vias transversas, a natureza do instituto.

As receitas patrimoniais não têm como pressuposto o poder/competência estatal de exação e, bem por isso, não se submetem à sistemática constitucional de limitações a esse poder tributante. Seu pressuposto fundamental é a exploração, de conteúdo econômico, de determinado bem patrimonial da União, nos termos da Constituição. Não se pode, pois, pretender inserir no contexto de repartição das receitas e competências tributárias a lógica de distribuição dos *royalties* e participações governamentais.

Obtempera-se, sem razão, que os *royalties* possuem natureza exclusivamente indenizatória. Não é essa a melhor orientação. Os *royalties* e demais participações governamentais detém um conteúdo duplo, qual seja: indenizatório-remuneratório. Se, de um lado, os *royalties* e participações governamentais indenizam pela perda de possibilidade de utilização econômica da superfície, de outro, constituem uma espécie remuneração pela exploração dos recursos naturais e seu conseqüente esgotamento. Ora, os estados-federados, que se arvoram da condição de produtores de petróleo, por serem costeiros, pretendem ser destinatários exclusivos dessa receita – por óbvio, ao lado da União. Esse argumento, quando testado sob o crivo da natureza jurídica da receita, não resistirá, por duas razões: (a) os *royalties* e as participações governamentais detém, bem assim, conteúdo remuneratório, sendo a determinação de seu paradeiro de competência do Congresso Nacional, na dicção da Constituição; e (b) arrimam-se em danos presumidos, de cariz ambiental, quando, em verdade, o sistema constitucional prevê um regime próprio, segundo a lógica da culpa-integral, para a indenização de danos desse jaez.

O Estado do Rio de Janeiro, que, nos autos da ADI nº 4.917, pretende seja declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 12.734/2012, afirma, expressamente, que a eventual redução do *quantum* percebido pelo estado, a título de *royalties*, irá comprometer a sanidade fiscal de sua autarquia RIOPREVIDÊNCIA (p. 24), responsável pelos pagamentos de seu regime próprio de previdenciário. De uma parte, defende-se o conteúdo exclusivamente indenizatório dos *royalties*, de outra, valendo-se de argumento estritamente fático, pretende-se defender sua aplicação para o saneamento de despesas correntes de pessoal, custeio portanto. Intransponível contradição jurídica.

Calha notar que as demais entidades da federação, que não percebem semelhante receita, também mantém sistemas próprios de previdência. Aliás, a Constituição, em seu art. 40, *caput*, determina que os regimes próprios de previdência devam ser estruturados segundo os princípios contributivo e solidário, para que seja mantido seu equilíbrio financeiro e atuarial. Os sistemas próprios de previdência responsabilmente geridos devem,

assim, por determinação constitucional, organizar suas contribuições, sejam patronais, sejam aquelas devidas pelos servidores, de modo a garantir sua auto-sustentabilidade. Não se pode pretender erigir um regime próprio de previdência calcado em receitas originárias alheias, de que seja destinatário apenas circunstancial o ente federado. O princípio do equilíbrio atuarial, explicitamente positivado no texto da Carta Magna, recomenda e determina postura diversa, que privilegie a auto-sustentabilidade.

De outro giro, o Estado do Rio de Janeiro aporta, nos termos explicitados em sua petição inicial (p. 33), apenas e tão-somente 5% (cinco por cento) do produto de sua vultosa arrecadação de *royalties* em benefício de seu Fundo Estadual de Controle de Meio Ambiente (FECAM). Dessa sorte, os recursos, supostamente indenizatórios, socorrem a administração, antes em suas despesas de custeio, que, propriamente, em seus investimentos em preservação ambiental e mitigação de impactos. À toda evidência, mostra-se a insustentabilidade dos argumentos.

Os autores da ADIs argumentam que a destinação exclusiva dos *royalties* aos entes federados costeiros insere-se no sistema constitucional, em articulação com o disposto no art. 155, §2º, X, b, da CF/88. Para tanto, valem-se de interpretação com elementos históricos e sistemáticos. Ao passo em que, naquela perspectiva, tentam sustentar a existência de um direito histórico dos entes-federados costeiros a uma suposta compensação pela perda de receitas; nesta perspectiva, afirmam que a imunidade consagrada no art. 155, § 2º, inciso X, b, da CF/88 é contrabalançada pelo regime pretérito de distribuição dos *royalties*. Como demonstraremos, nenhuma das ilações pode prosperar.

Analisando o elemento histórico, como pretendem os autores das ADIs supramencionadas, em especial o Estado do Rio de Janeiro, podemos observar que a não-incidência constitucional insculpida no art. 155, §2º, X, b da CF/88 foi concebida pelo constituinte como um mecanismo de equilíbrio federativo, para afastar a possibilidade de guerras fiscais entre os estados, motivadas pelo ímpeto de atração de investimentos em centrais energéticas e refinarias. Observemos, com os ouvidos postos no passado, mas a mente projetada para o futuro, as palavras do Constituinte José Serra, então Relator da Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças:

“Quanto a questão interestadual do IULCLG – Imposto Único sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos ou Gasosos e do Imposto sobre Energia Elétrica, quero dizer que o nobre Constituinte tem toda a razão no que se refere ao álcool. Por que estabelecem? Na verdade, estávamos pensando no atual, que incide sobre derivados de petróleo. Tive inclusive essa preocupação, que foi muito ressaltada por pessoas do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina, nos dias anteriores a leitura do Relatório. Há uma política nacional de localização, por exemplo, de hidrelétricas – algumas delas construídas com recursos do Governo Federal – e também de refinarias. Por que colocar isso na própria Constituição? Para dar garantia de que essas alíquotas estaduais seriam zero, do contrário poderiam proporcionar uma situação de conflito brutal, pelo simples fato de determinada fonte de geração ou de transformação de energia ter sido localizada aqui ou ali, antes que houvesse esse problema tributário [...]”<sup>12</sup>

Uma cuidadosa análise permite colher das fontes históricas primárias a efetiva *mens legislatoris*. Não se teve em mente promover certa compensação entre estados, mas, antes, estancar uma potencial guerra fiscal, em busca dos investimentos em hidrelétricas e refinarias. Tornemos às palavras definitivas do Constituinte José Serra:

---

<sup>12</sup> SENADO FEDERAL. *Anais do Senado Federal* (Atas das Comissões). Brasília: Editora do Senado Federal, 2008 (Edição Comemorativa aos 20 Anos da Constituição). In: Atas da Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças. p. 51-52.

“O SR. RELATOR (José Serra): – Qual é o problema? Por que incluímos aqui o dispositivo que V. Exa. a de zerar as alíquotas interestaduais de energia elétrica e derivados de petróleo? Por que houve uma política nacional, ao longo desses anos, a respeito da produção desses dois insumos? Por exemplo, os Estados pequenos do Nordeste não são produtores de energia elétrica, nem têm refinarias, o combustível vem de Estados vizinhos. O Rio de Janeiro é um Estado com muitas refinarias. São Paulo, com um balanço energético de importação de energia elétrica, exporta bastante combustível, porque também possui muitas refinarias. A Bahia é outro Estado onde se localizam muitas refinarias, construídas pelo Governo Federal. Então, haveria uma verdadeira conflagração no Brasil, se exportassem impostos por conta da produção desses insumos. É claro que alguns Estados, como Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia – os do Nordeste, certamente os Estados pequenos não entrariam – teriam privilégios com essa situação. Mas seria inaceitável, do ponto de vista federativo. Daí a preocupação de colocar a alíquota zero aqui. O Senado Federal fixará alíquotas internas, quando julgar que seja o caso. Está dito que as alíquotas internas mínimas não poderão ser superiores a interestadual. Nos casos em que ocorra guerra fiscal, o Senado poderá também fixar uma alíquota mínima, que seja superior à interestadual. A alíquota zero serve para garantir constitucionalmente uma situação de não-conflagração. De outra maneira, poderia produzir-se no País uma guerra fiscal inclusive os Estados vizinhos, insisto: não é nem o caso de São Paulo, nem do Paraná, porque, no balanço energético o Estado sairia ganhando, graças à exportação de derivados de petróleo para outros Estados. Por isso, colocamos a alíquota zero, que me parece essencialmente por tratar-se de um caso em relação ao qual não pode haver dúvidas. Recebemos manifestações de diversos Estados nesse sentido. Por outro lado, chegou-me a observação do Constituinte Affonso Camargo, a respeito deste problema e de outro, que envolve essa questão, localizado no art. 15, § 9º, inciso I, alínea, **b**, que diz: “§ 9º O imposto de que trata o item III: II – não incidirá: **b**) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica.” Tirando a expressão “manutenção de crédito”, o que poderia acontecer? Por exemplo: O Paraná vende energia elétrica, e os produtores intermediários, quando o produto fosse exportado, requererem a devolução de um imposto que não foi cobrado: e isso traria prejuízo para o fisco do Estado respectivo. Então, atendendo ao reclamo dos Constituintes, suprimimos este dispositivo, para não causar uma injustiça.

Diria, por último, que, como hoje o ICM não é cobrado, efetivamente não se trata de prejuízo. Está-se tirando algo que já se [não] tem. Por esta razão não acolho a emenda supressiva do Constituinte Darcy Deitos.”<sup>13</sup>

O elemento histórico de interpretação, do qual lança mão o Estado do Rio de Janeiro, às fls. 30-31, de sua exordial, revela, em verdade, que a intenção do legislador constituinte foi justamente oposta àquela ostentada pelos autores das ADIs em epígrafe. Em 1987-88, durante a Assembleia Nacional Constituinte, buscou-se, com efeito, criar mecanismos de arrefecimento de uma guerra fiscal que se vislumbrava, a qual, agora, pretende ser aguçada por aqueles que se batem contra a deliberação da Nação.

Sob a lente da análise sistemática, tampouco merece prosperar a argumentação. Em uma primeira análise, importa ter presente que o regime de repartição das receitas e competências tributárias é distinto do regime aplicável às receitas originárias patrimoniais. É indício sistemático inequívoco dessa dissociação sua localização topográfica antípoda no texto da constituição.

Para além dessa observação preliminar, calha notar que a adoção do princípio da tributação no destino, nas operações com combustíveis, não é soberana na Constituição. Ora, nos termos do art. 155, §4º, II, nas operações com combustíveis (excetuados os derivados de petróleo), entre contribuintes, o imposto (ICMS) é **repartido** entre os Estados de **origem** e de **destino**. Outrossim, nas operações desses produtos, destinadas a não contribuinte, o Imposto

<sup>13</sup> SENADO FEDERAL. *Anais (...). Op. cit.* p. 148.



cabe ao **Estado de origem** (art. 155, §4º, inciso III). Veja-se, pois, que, à diferença da posição avançada pelo Estado do Rio de Janeiro, o princípio de tributação no destino, nas operações com combustíveis, é limitado, não amplo, de modo a desautorizar qualquer interpretação que queira permitir aos estados-costeiros compensarem-se com os *royalties*.

Por derradeiro, impõe-se observar que a incidência de ICMS, na forma determinada na Constituição, sobre as operações com combustíveis, sucedeu a incidência do remoto imposto sobre vendas e consignações, cujo antecessor fora o Imposto Único sobre Combustíveis Líquidos, Gasosos e Lubrificantes (que data do Estado Novo, tendo sido assumido no regime constitucional 1946). Observemos, portanto, que os Estados-federados foram aquinhoados pelo constituinte com a competência para tributar essas operações pela via da incidência do ICMS, que incide uma única vez, reforçando a lógica da não-cumulatividade. Nada foi suprimido dos estados-federados. Foi-lhes, ao contrário, atribuída competência tributante, mesclando-se o regime de tributação seja na origem, seja no destino, seja a repartição. Não se há falar, assim, em suposto direito a compensação.

## **IX) BREVES CONCLUSÕES**

01. As participações governamentais oriundas da exploração de hidrocarbonetos fluidos compreendem os *royalties*, os bônus de assinatura, as participações especiais e pagamentos pela ocupação ou retenção de área.
02. Os Estados e municípios continentais fazem jus, em caráter exclusivo, à repartição das participações governamentais (excetuados os bônus de assinatura) oriundas das lavras em terra ou em águas interiores.
03. É inconstitucional a atribuição exclusiva de *royalties* e demais participações governamentais oriundas das lavras nas águas continentais e na plataforma econômica exclusiva aos estados costeiros.
04. O regime de distribuição de participações governamentais não corresponde a qualquer compensação pela lógica de distribuição das receitas oriundas da arrecadação de ICMS nas operações com combustíveis.
05. Os *royalties* tem natureza dúplice, qual seja indenizatória e remuneratória. Os *royalties* têm natureza, pois, de ressarcimento e preço público.
06. As receitas oriundas de *royalties* tem caráter de receita corrente patrimonial e não receita de capital. Nesse passo, sua aplicação não está limitada a investimentos de capital e inversões financeiras.

## **X) RECOMENDAÇÕES**

01. Seja este estudo encaminhado à publicação na Revista da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, para que possa ser submetido ao crivo da crítica da comunidade jurídica.
02. Seja cópia deste estudo remetida às Secretarias de Estado de Desenvolvimento Econômico, de Fazenda, de Planejamento e Gestão e de Casa Civil e de Relações Institucionais.
03. Sejam extraídas separatas da publicação na Revista da Advocacia-Geral do Estado, para remessa aos parlamentares que compõem a bancada mineira no Congresso Nacional.
04. Seja a Secretaria de Estado de Fazenda e a Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão comunicadas acerca das conclusões do trabalho, em especial naquilo que tange ao item “06”, para que possam ser regularmente aplicados os recursos.
05. Sejam encaminhadas cópias às Procuradorias dos Estados de Alagoas, Mato Grosso do Sul, Goiás, Paraíba, Rio Grande do Sul e Bahia, que ingressaram, na condição de *Amici Curiae* nas ADIs que questionam a Lei nº 12.734/2012.

06. Seja apresentada, ao Conselho Superior da Advocacia-Geral do Estado, proposta de inclusão, no âmbito das Procuradorias Especializadas Tributárias, de competência específica para representar o Estado em ações que envolvam participações governamentais oriundas da exploração de recursos energéticos.

07. Seja oficiada a Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico para que comunique à Advocacia-Geral do Estado acerca de todas medidas de caráter normativo que porventura venham influir na exploração, em território mineiro, de hidrocarbonetos, recursos energéticos e bens minerários.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *A plataforma continental brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

BLUME, Lorenz; VOIGT, Stefan. Federalism and decentralization – a critical survey on frequently used indicators. In: *Constitucional Political Economy*, Springer, v. 22, t. 3, p. 238-264, 2011.  
Corte Internacional de Justiça, *Plataforma Continental do Mar Egeu*, Rec. 1978.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

HORTA, José Luiz Borges. Urgência e emergência do constitucionalismo estratégico. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 783-806, jul./set. 2012.

LESSA, Renato. *A invenção republicana*. Rio de Janeiro: Top Books, 1999.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa fé no Direito Civil*. Lisboa: Almedina, 2001.

SENADO FEDERAL. *Anais do Senado Federal (Atas das Comissões)*. Brasília: Senado Federal, 2008. (Edição Comemorativa aos 20 Anos da Constituição). In: Atas da Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças.

VASSEUR, Michel. Un nouvel essor du concept contractuel. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Sirey, t. 62, 1964.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 505.

ALBERTO GUIMARÃES ANDRADE  
*Procurador Do Estado*

ONOFRE ALVES BATISTA JÚNIOR  
*Procurador Do Estado*

DANIEL CABALEIRO SALDANHA  
*Procurador Do Estado*

## A NÃO CUMULATIVIDADE E A NECESSIDADE DE ESTORNO DE CRÉDITOS DE ICMS DECORRENTES DE BENEFÍCIOS FISCAIS\*

Por intermédio da Ordem de Serviço nº 71, de 19 de setembro de 2013, o Advogado-Geral do Estado instituiu grupo de estudo sobre a matéria “a não cumulatividade e a necessidade de estorno de créditos de ICMS decorrentes de benefícios fiscais”.

A chamada “não cumulatividade”, prevista no art. 155, § 2º, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), estabelece a possibilidade de compensação dos débitos do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) com os créditos atinentes às mercadorias adquiridas, pressupondo, entretanto, que os valores a serem compensados com o ICMS devido em cada operação tenham sido regularmente “cobrados”<sup>1</sup> nas operações anteriores, ainda que por outro Estado.

O cerne do debate refere-se aos benefícios concedidos em afronta ao disposto no art. 155, § 2º, XII, “g”, da CRFB/88, isto é, sem a aprovação do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Nas operações interestaduais, os Estados de destino têm estornado os créditos relacionados com o imposto destacado nas notas fiscais, mas não exigidos pela unidade de origem.

Doutrina e jurisprudência, de forma majoritária, têm repudiado a glosa do crédito de ICMS, ao argumento de que a unidade da Federação destinatária deveria, antes, obter junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, e não simplesmente autuar os contribuintes sediados em seu território.<sup>2</sup>

Diante da multiplicidade de casos, a matéria encontra-se com a repercussão geral reconhecida pelo STF no RE 628075 RG/RS.<sup>233</sup>

Determina a Lei Complementar nº 24/1975 (LC 24/75), *verbis*:

Art. 1º As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - a quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.

Art. 8º A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:

I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria;

\* Relatório do Grupo de Estudos aprovado pelo Advogado-Geral do Estado.

<sup>1</sup> Apesar da CRFB/88 se utilizar da terminologia “cobrado”, há de ser entendido como o imposto devido, isto é, que ao menos seja exigível.

<sup>2</sup> RMS 31714 / MT. Relator Min. Castro Meira. 2ª Turma. Julgamento: 03/05/2011. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000445073&dt\\_publicacao=19/09/2011](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000445073&dt_publicacao=19/09/2011). Acesso em: 1º fev. 2013.

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1597956>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

II - a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.

A rigor, não há sequer “ineficácia do crédito”, como asseverado no art. 8º, mas, apenas, reconhecimento, como crédito, daquilo que efetivamente incidiu nas operações e prestações anteriores, em estrita observância da regra da não cumulatividade.

Por outro lado, se, como marca o art. 8º da LC nº 24/75, o benefício for ineficaz, os créditos de ICMS devem ser considerados legítimos, pois já não mais correspondem a tributo não exigível. Sendo o imposto devido (ainda que não esteja sendo recolhido), a CRFB/88 obriga a dedução.

É a impossibilidade de se dar cumprimento concomitante aos dois incisos do art. 8º da LC nº 24/75 que impõe, primeiramente, que se observe o regramento constitucional da não cumulatividade.

A ineficácia do crédito e a nulidade do ato, referidos na LC nº 24/75, constituem, sob o ponto de vista da não cumulatividade, regras jurídicas que não podem se aplicar concomitantemente. A ineficácia do crédito resulta exatamente da impossibilidade da unidade de destino declarar nulo o ato de outro Estado (especialmente com efeitos retroativos).

A ideia que precisa ser compreendida é a de que existem no art. 8º da LC nº 24/75 dois comandos distintos: o benefício é nulo (e, em razão disso, cabe ao ente político competente extirpá-lo do seu ordenamento); porém, enquanto produza efeitos, impõe-se o não aproveitamento de créditos que não correspondam ao ICMS devido e “cobrado”.

Na maior parte das vezes, o benefício concedido é o denominado “crédito presumido”. Se “crédito presumido” fosse, não haveria como questioná-lo, salvo no que diz respeito aos aspectos formais, pois não diria respeito a um “benefício”. Presumido é o que não é real; entretanto, o que é presumido expressa uma grandeza aproximadamente igual à que se obteria pela apuração do que é exato. A presunção apenas diz respeito a uma técnica ou método de simplificação ou de “aplicação em massa”.

Os problemas que o mal chamado “crédito presumido” trazem para a “guerra fiscal” decorrem do fato do crédito não ser “presumido”, mas “fictício”, pois não guarda nenhuma relação com os valores reais. Em razão disso, o imposto destacado na venda da mercadoria não reflete a carga tributária efetiva.

Para explicar a questão, pode-se afirmar que, se o chamado “crédito presumido” for igual ao valor do débito tributário, por exemplo, nenhum imposto será recolhido na operação (nem no Estado de origem; nem no Estado de destino). No caso desse exemplo, o destaque do ICMS no documento fiscal (18%, 12%, 7% ou qualquer outro percentual) não irá refletir a realidade do ônus fiscal da cadeia. Assim, o “crédito presumido” seria de 18% (ou 12%, ou 7%) e nada teria sido pago ao Estado de origem. O “credito presumido” da “guerra fiscal”, na realidade, é “crédito fictício”.

Ordinariamente, o valor destacado no documento fiscal (que será usado como crédito no Estado de destino) é idêntico ao valor do débito, exatamente porque o valor destacado representa a carga tributária incidente nas operações que antecedem a que está acontecendo.

Imagine-se que o industrial tenha vendido ao distribuidor por R\$ 200,00; aplicando-se a alíquota de 18%, o débito do ICMS seria de R\$36,00 e o valor a se recolher aos cofres públicos deveria ser também de R\$ 36,00. Se o distribuidor vender por R\$250,00 ao varejista, aplicando-se a alíquota de 18%, o débito de ICMS seria de R\$45,00; entretanto, como o crédito

era de R\$36,00, apenas mais R\$9,00 seriam pagos aos cofres públicos. No final das contas, o total recolhido seria de R\$45,00 (R\$36,00 + R\$9,00). Cumpre verificar que o valor destacado pelo distribuidor é de R\$45,00, ou seja, o mesmo montante recolhido aos cofres públicos.

Vejamos:

	Industrial⇒	Distribuidor⇒	Varejista⇒
Preço	200,00	250,00	
Alíquota	18%	18%	
Débito ICMS	36,00	45,00	
Crédito ICMS	0	(36,00)	45,00
ICMS recolhido aos cofres públicos	36,00	9,00	

Ainda tomando o exemplo acima, é possível verificar que o valor levado a crédito pelo varejista é exatamente o mesmo destacado na nota fiscal de aquisição (no caso, R\$45,00) e isto ocorre porque representa a carga tributária de toda a cadeia circulatória (R\$36,00 + R\$9,00). Esse montante é que precisa servir de crédito para o varejista, a fim de que se possa evitar a cumulatividade do ICMS.

O chamado “crédito presumido” (na realidade “crédito fictício”), outorgado como benefício, distorce a mecânica do tributo, na medida em que o valor destacado na nota fiscal deixa de representar o ônus real de ICMS.

Imagine-se que, tomando o exemplo acima, o Estado (do distribuidor) tenha dado um “crédito presumido” (fictício) de R\$7,00. Nesse caso, o Estado de origem (do distribuidor) não deve receber os R\$9,00 do exemplo anterior, mas tão somente R\$2,00 (R\$45,00 – R\$36,00, relativo ao crédito da operação anterior, menos R\$7,00, do fictício). Entretanto, o distribuidor destacará na nota fiscal o valor de R\$45,00 (18% de R\$250,00). Confira-se:

	Industrial⇒	Distribuidor⇒	Varejista⇒
Preço da mercadoria	200,00	250,00	
Alíquota	18%	18%	
Débito de ICMS	36,00	45,00	
Crédito de ICMS	0	(36,00 de crédito real + 7,00 de crédito fictício)	45,00 ou 38,00 (carga real)?
ICMS recolhido	36,00	2,00	

No caso, havendo a concessão de “crédito presumido”, pode-se verificar que o Estado (inconstitucionalmente) firma a falsa “presunção” (legal) de que houve também incidência de R\$7,00. Não obstante, essa incidência não ocorreu: o que houve foi uma “ficção”. Da mesma forma, o destaque na nota fiscal do distribuidor é de R\$ 45,00, entretanto esse valor não espelha mais a carga tributária que onerou a cadeia circulatória, razão pela qual o crédito do varejista deve ser restrito ao valor sobre o qual haverá cumulatividade (R\$ 38,00). Na realidade, o que efetivamente deve fluir para os cofres públicos (no total) são R\$38,00; portanto, apenas no que diz respeito a esse montante pode haver cumulatividade.

A redução, pela unidade da Federação de origem, do valor a ser recolhido, deve implicar a diminuição, na mesma proporção, do crédito para o adquirente da mercadoria, exatamente em razão da não cumulatividade. O abatimento, assim, deve restringir-se ao suportado nas operações anteriores.

Como já registrado, é a não cumulatividade que impõe o abatimento, mas a dedução permitida deve corresponder à carga tributária efetivamente incidente nas operações anteriores. Se não há débito ou se este não equivale ao que consta da nota fiscal (valor destacado), a compensação deve corresponder à carga efetiva e não à aparente. A dedução do ICMS - como manda a Constituição – deve ter correspondência com o imposto que efetivamente incidiu nas operações anteriores. Aquilo que não torna o imposto cumulativo não pode ser levado a crédito (não deve ser abatido), sob pena de se configurar benefício sem correspondência em lei complementar ou em convênio. Se o crédito permitido supera o montante das incidências anteriores, o benefício (inconstitucional) para o adquirente fica caracterizado.

O STF já decidiu que o valor não exigível não deve ser computado para fins de verificação de possível cumulatividade:<sup>4</sup>

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. NÃO-CUMULATIVIDADE. ART. 155, § 2º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. I. - Acórdão recorrido que se ajusta à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que tendo sido convertido em incentivo o tributo que deveria ser recolhido pelo vendedor de matéria-prima, a inadmissão do crédito, no estado de destino, não afronta o princípio da não-cumulatividade do ICMS. RE 109.486/SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, "DJ" de 24.4.92. II. - Agravo não provido.

O Estado de destino, independentemente do disposto no art. 8º da LC nº 24/75, sob pena de violação à alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da CRFB/88, não pode permitir abatimento de importâncias de ICMS que não foram “acumuladas” na cadeia de comercialização. Em que pese o julgado abaixo se referir à “alíquota”, fica evidenciada a lógica do que se expõe:<sup>5</sup>

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - ICMS - DIREITO A CREDITAMENTO - OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM FORNECEDORES FAVORECIDOS POR BENEFÍCIOS FISCAIS ILEGÍTIMOS - INEXISTÊNCIA - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - SÚMULA 83/STJ.

1. Não ofende o art. 19 da Lei Complementar nº 87/96 ato de Governo local (artigos 62, § 1º e 71, VI do RICMS/MG) que restringe o creditamento de ICMS incidente sobre operações interestaduais com bens ou serviços objeto de incentivo fiscal concedido em violação às disposições da Lei Complementar nº 24/75.
2. A tese recursal implica em afastar por inconstitucionalidade o art. 8º, I da LC nº 24/75, cuja recepção pela Carta Magna já foi inúmeras vezes ratificada pela Suprema Corte.
3. O Tribunal local assentou que se recolheu na operação interestadual de aquisição de mercadoria alíquota inferior à devida, em razão da celebração de regime especial de apuração de ICMS entre o Distrito Federal e o contribuinte, alíquota esta considerada na legislação mineira para efeito de creditamento do ICMS.
4. Inexiste divergência jurisprudencial se o acórdão da origem aplica o entendimento atualmente em vigor no Superior Tribunal de Justiça.
5. Precedentes da Suprema Corte.
6. Agravo regimental não provido.

Corroborando o entendimento que agora se espousa, cumpre gizar que o STF, em outra oportunidade, já deixou expresso que o direito de crédito é limitado ao valor que foi cobrado efetivamente na entrada, além de deixar salientado que a exoneração tributária em virtude de

<sup>4</sup> RE 423658. AgR/MG. Relator: Min. Carlos Velloso. Segunda Turma. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28423658%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/co2j6cz>>. Acesso em: 06 set. 2013

<sup>5</sup> AgRg no Ag 1243662 MG. Relatora: Ministra Eliana Calmon). 2ª Turma. Julgamento: 01/03/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 21 maio 2013.

redução de alíquota produz o mesmo efeito jurídico da isenção. Nesse sentido, *verbis*:<sup>6</sup>

EMENTA: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. INSUMOS OU MATÉRIAS PRIMAS TRIBUTADOS. SAÍDA ISENTA OU SUJEITA À ALÍQUOTA ZERO. ART. 153, § 3º, INC. II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ART. 11 DA LEI Nº 9.779/1999. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. DIREITO AO CREDITAMENTO: INEXISTÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. Direito ao creditamento do montante de Imposto sobre Produtos Industrializados pago na aquisição de insumos ou matérias primas tributados e utilizados na industrialização de produtos cuja saída do estabelecimento industrial é isenta ou sujeita à alíquota zero. 2. A compensação prevista na Constituição da República, para fins da não cumulatividade, depende do cotejo de valores apurados entre o que foi cobrado na entrada e o que foi devido na saída: o crédito do adquirente se dará em função do montante cobrado do vendedor do insumo e o débito do adquirente existirá quando o produto industrializado é vendido a terceiro, dentro da cadeia produtiva. 3. Embora a isenção e a alíquota zero tenham naturezas jurídicas diferentes, a consequência é a mesma, em razão da desoneração do tributo. [...]

Em que pese a técnica normalmente utilizada ser a do “crédito presumido” (ou “crédito outorgado”), a redução do valor a pagar é idêntica à que se teria se obtida por meio de redução de base de cálculo (quando a exoneração é parcial) ou mesmo de isenção. Adotando-se ou não a nomenclatura de isenção, é certo que o “crédito presumido”, tanto quanto aquelas outras formas de benefício, representa “exoneração” (total ou parcial), com supressão da carga tributária da mesma forma seria se fosse devolvido o imposto recolhido.

Para Paulo de Barros Carvalho, “a regra de isenção investe contra um ou mais dos critérios da norma-padrão de incidência, mutilando-os, parcialmente”.<sup>7</sup> Nesse sentido, a isenção afeta o antecedente ou o consequente da regra matriz, total ou parcialmente. No caso em tela, de “crédito fictício”, a exoneração se opera no consequente.<sup>8</sup>

Se o Estado de destino permitir (também) abatimento que não corresponda a ICMS efetivamente “cobrado” (devido) na operação anterior, ocorrerá, além da violação ao mandamento constitucional na origem, novo desrespeito à LC nº 24/75, pois qualquer abatimento, além do suficiente para anular a cumulatividade, é benefício fiscal, uma vez que dá ensejo a outro “crédito fictício”, repassado, agora, ao comprador.

Em outras palavras, o que a doutrina e jurisprudência dominantes sustentam (a concessão de créditos no exato valor do destaque, mesmo sem corresponder à carga real) implica violação ao que dispõe a alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição, pois diz respeito a benefício. **Incidiria, pois, em inconstitucionalidade, o Estado de destino que permitisse, sem a aprovação no CONFAZ, a dedução de valores de ICMS não cobrados nas etapas antecedentes.**

Portanto, ao contrário do que tem sido preponderantemente defendido, a inconstitucionalidade não está na glosa do crédito que excede à carga tributária das operações anteriores, mas na permissão de sua utilização.

Sob o ponto de vista econômico, o que espera o vendedor, atraído pela unidade de

<sup>6</sup> RE 475551/PR. Relator p/ Acórdão: Min. Carmen Lúcia. Julgamento: 06/05/2009. Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28475551%29&pagina=2&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/cqr4bkb>>. Acesso em: 06 maio 2013.

<sup>7</sup> Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 483.

<sup>8</sup> Cf. COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 159.

origem, é que possa praticar preços menores (infringindo a livre concorrência). Ao praticá-los, por óbvio o ônus tributário será menor, quando comparado ao dos demais contribuintes estabelecidos em Estados diversos. Se o comprador puder comprar com valor menor e ainda deduzir ICMS fictício, também ele estará em condição concorrencial privilegiada.

Os instrumentos ordinariamente utilizados na “guerra fiscal” relativa ao ICMS, como a concessão de “créditos presumidos” (fictícios), não são aptos a operar os efeitos perseguidos. O regime de compensação previsto na CRFB/88 é suficiente para tornar inócuo qualquer benefício concedido no meio da cadeia de circulação de mercadorias. A propósito, é suficiente para neutralizar o benefício quando ele é declarado judicialmente inconstitucional e, ainda, é suficiente para anular os efeitos, enquanto perdurar a presunção de sua constitucionalidade.

Tudo isso pode ser prontamente comprovado quando se analisa o tratamento dado às hipóteses de concessão de isenção, de redução de alíquota ou de base de cálculo (constitucionais ou não): o crédito corresponderá exatamente ao valor destacado na nota fiscal.

Para que se possa preservar a neutralidade tributária e se evitar que as distorções que a “guerra fiscal” introduz na concorrência, basta que se acate o cerne da ideia da não cumulatividade e fazer com que o creditamento possível seja o atinente ao valor efetivamente devido. Esse é o expresse mandamento constitucional.

A redução que se consegue no preço da mercadoria em virtude da utilização de “crédito fictício”, que promove uma redução na carga tributária, não pode alterar o custo de aquisição (por isso, o ICMS é neutro), desde que vedadas deduções irreais.

O que se verdadeiramente está em causa é a possibilidade de o Estado de destino verificar a carga tributária efetiva ou se deve ele aceitar o valor formalmente destacado na nota fiscal. O Estado de destino deve aceitar o que é real ou se deve se curvar ao fictício, apenas por ter sido formalmente destacado o ICMS?

Nos exatos termos do inciso I do § 2º do art. 155 da CRFB/88, o crédito deve corresponder apenas ao que poderia tornar o imposto cumulativo, isto é, ao que efetivamente (e não aparentemente) incide na operação anterior.

Sustenta Carrazza que “enquanto o Supremo Tribunal Federal não decretar a nulidade dos atos normativos que concederam os preditos benefícios, estes são válidos e, por via de consequência, não é dado ao Estado-membro que se julga prejudicado impedir que o contribuinte se credite do ICMS destacado nas operações (ou prestações) anteriores”.<sup>9</sup>

De fato, a segurança jurídica e a prudência recomendam que apenas se considere inconstitucionais os atos assim declarados pelo órgão ao qual a CRFB/88 tenha dado a competência para tanto, até mesmo porque, especialmente em matéria tributária, não tem sido raro o desencontro entre tribunais. O controle difuso da constitucionalidade pressupõe a possibilidade de se levar ao STF a questão debatida, exatamente por ser este tribunal o competente para interpretar e proteger a Magna Carta.

É temerária a possibilidade de afastamento de norma pela Administração Pública ao fundamento de incompatibilidade com a CRFB/88, pois à idêntica conclusão pode não chegar a Corte Constitucional. Por isso, alertam Greco e Pontes que “até que

---

<sup>9</sup> Cf. CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 353.



sobrevenha decisão do Supremo Tribunal Federal, não se pode afirmar, categoricamente, que a lei é, ou não, constitucional”.<sup>10</sup>

Sob pena de se atacar frontalmente o princípio da separação dos poderes, a presunção de constitucionalidade se impõe e resulta da imperatividade do próprio ordenamento jurídico. A presunção de constitucionalidade decorre da ideia de Estado de direito e do prestígio que se deve dar ao exercício da função legislativa, bem do respeito que merece a função jurisdicional de controle da constitucionalidade.<sup>11</sup> Mesmo no âmbito do STF, cumpre fazer prevalecer a ideia de presunção de constitucionalidade das leis, conforme se pode extrair de trecho da seguinte ementa, *verbis*:<sup>12</sup>

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PARCELAMENTO DO DÉBITO. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. [...] 3. Embora tramite, na Corte, ação direta de inconstitucionalidade contra o art. 9º da Lei nº 10.684/03, pesa a favor deste dispositivo presunção de constitucionalidade, razão pela qual ele deve ser aplicado até que sobrevenha a eventual declaração de inconstitucionalidade. 4. Ordem concedida para que a ação penal de origem seja suspensa, até que ocorra a quitação integral do débito, quando, então, deverá ser declarada extinta a punibilidade do paciente. (Omissões nossas)

A norma concessiva de benefício fiscal deve ser considerada constitucional até que haja declaração judicial em sentido contrário. **Não se trata de considerar o benefício inconstitucional, mas, ao contrário, trata-se de presumi-lo constitucional**, como determinam os mais caros valores da República, inclusive o da segurança jurídica.

Nesse sentido, resta correta a assertiva de Carrazza que, entretanto, deve merecer alguns reparos. O fato de se considerar eficaz o ato normativo que cria o benefício tributário não retira do aplicador da norma o dever de cotejar o que se encontra declarado no documento fiscal (o valor de destaque do imposto) com a realidade, de modo a se acatar o mandamento constitucional da não cumulatividade. Portanto, em homenagem à técnica constitucional da não cumulatividade e exatamente porque se considerou constitucional a norma do Estado de origem que concedeu o benefício é que o aplicador da norma (no Estado de destino) deve verificar o valor que efetivamente incidiu nas operações anteriores (o montante efetivamente “cobrado”). Apenas se respeita a legislação do Estado de origem, homenageando a ideia de presunção de constitucionalidade, submetendo os fatos (e não uma imagem fictícia deles) à observância da técnica da não cumulatividade.

Se a lei vier a ser considerada inconstitucional, ao contrário do que possa parecer em um exame apressado, não se deve, a partir da declaração de inconstitucionalidade, restringir o direito de crédito. A partir do momento que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade se fazem sentidos, e nessa exata medida, a unidade de origem não pode mais efetuar estorno do crédito e, a partir daí, cabe tão somente ao Estado de origem exigir o tributo dispensado ao arrepio da LC nº 24/75.

Desde a promulgação da Lei federal nº 9.868/99, não se pode mais afirmar que lei inconstitucional seja lei inexistente, uma vez que seu art. 27 prevê que, ao se declarar a

<sup>10</sup> Cf. GRECO, Marco Aurélio; PONTES, Helenilson Cunha. *Inconstitucionalidade da lei tributária: repetição do indébito*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 21-22.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 21-23.

<sup>12</sup> HC 86465/ES. Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 06/02/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2886465%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d6xzf2>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, pode o STF decidir que a declaração só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado.

Valendo-se dessa prerrogativa, o STF tem modulado efeitos de decisão, inclusive para possibilitar a exigência de tributo com base em lei declarada inconstitucional. Vale conferir, *verbis*:<sup>13</sup>

EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. [...] V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. [...]. (Omissões nossas)

Portanto, ainda que o “Estado de destino” considere, em uma avaliação subjetiva, que a lei do “Estado de origem” é inconstitucional, não lhe é dada alternativa senão a de promover o estorno do crédito de ICMS, acatando os mandamentos de lei (do Estado de origem) ainda válida. Mesmo que o “Estado de destino” tenha interposto Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e tenha sido deferida liminar, esse é o único caminho que resta, uma vez que o pedido de declaração de inconstitucionalidade pode ser acolhido com efeitos *ex nunc*; logo, a lei inconstitucional pode produzir efeitos e, nesse caso, se não houver ocorrido a formalização do crédito, o “Estado de destino” pode ver decaído seu direito.

Como consabido, em inúmeras ocasiões, o STF não procedeu ao julgamento do mérito de ADI em razão da revogação dos atos normativos que instituíram os benefícios pelo “Estado de origem” (ainda que, posteriormente, as mesmas regras tenham sido veiculadas por outro diploma), considerando prejudicada a ação por perda do objeto e, também nesses casos, pode o “Estado de destino” ver decaído seu direito se não efetuar o lançamento.

Ao julgar a ADI 715 MC/DF,<sup>14</sup> em 1992, o STF deferiu pedido cautelar e suspendeu a eficácia de dispositivo do art. 33 do Convênio ICM 66/88 que possibilitava o aproveitamento de créditos de saídas imunes. Em 1997, o STF entendeu que a ação havia perdido o objeto, em razão de lei superveniente tratando do tema (LC nº 87/96). O Estado de Minas Gerais ajuizou Embargos de Declaração no intuito de ver esclarecidos os efeitos produzidos pela decisão acautelatória. O STF assim decidiu:<sup>15</sup>

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO ARESTO. IMPROCEDÊNCIA. Quando se trata de ação direta de inconstitucionalidade julgada prejudicada, não há nada a esclarecer, porque não existem efeitos a serem produzidos. Embargos de declaração rejeitados.

Enfim, todas as empresas que haviam estornado os créditos com base na decisão

<sup>13</sup> RE 556664/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 12/06/2008. Tribunal Pleno.

<sup>14</sup> ADI 715 MC/DF. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1535705>>. Acesso em: 08 abr. 2012.

<sup>15</sup> ADI 1153 ED/DF - Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 19/06/1996. Tribunal Pleno.

judicial viram-se impossibilitadas de aproveitá-los, em razão da decadência<sup>16</sup>; entretanto, as que, ao arrepio da decisão liminar do STF, mantiveram seus créditos, foram beneficiadas, uma vez que se tornaram desobrigadas de fazê-lo. As empresas que atuaram em dissonância com a decisão do Judiciário, assim, puderam praticar, durante cinco anos, preços inferiores aos de seus concorrentes que se submeteram à liminar da Corte Constitucional.

A possibilidade de a lei (aparentemente inconstitucional) do Estado de origem surtir efeitos é razão suficiente para a compreensão de que o Estado de destino, ainda que entenda inconstitucional a lei da outra unidade da Federação, deve fazer cumprir a legislação de outro Estado, pelo menos enquanto essa se encontra válida.

**Mesmo na hipótese de deferimento de liminar suspendendo os efeitos do ato normativo, o lançamento do crédito tributário deve ser feito, ao menos para prevenir a decadência,** pois (1) revogados os atos normativos que instituíram os benefícios, o STF poderá não julgar o mérito da ação, considerando-a prejudicada por perda do objeto; (2) eventual improcedência de mérito fará com que o provimento inicial deixe de produzir efeitos; (3) acolhido o pedido de inconstitucionalidade, mas com efeitos *ex nunc*, a lei, ainda que inconstitucional, terá que ser observada pelo menos durante o período em que ela foi considerada constitucional pelo STF.

No caso do Mandado de Segurança 21.863, impetrado junto ao STF, em 14.12.1993, por exemplo, o ato normativo foi considerado inconstitucional por diversos anos, mas acabou por produzir efeitos no respectivo período, pois a ação foi extinta sem que o mérito fosse julgado. Tratava-se de litígio relativo à restrição de abatimento de créditos de ICMS quando mercadorias importadas por empresa capixaba fossem destinadas à paulista. Os efeitos do ato impugnado foram suspensos por liminar em 17.12.993; após vários incidentes processuais, decisão proferida em 29.05.2012, pela Ministra Carmen Lúcia, extinguiu o feito, fazendo com que a liminar fosse cassada após mais de vinte anos.<sup>17</sup>

Uma lei posteriormente declarada inconstitucional pode irradiar efeitos durante um período de tempo; nesse prazo, ela é eficaz como qualquer outra tida como constitucional. Da mesma forma, não se deve afastar a hipótese de benefícios julgados inconstitucionais pelo STF serem ratificados pelo CONFAZ, como aconteceu no caso dos Convênios ICMS 84 e 86, ambos de setembro de 2011. Proposta de Emenda Constitucional pode, igualmente, “constitucionalizar” benefícios inconstitucionalmente concedidos.<sup>18</sup>

**Em síntese, eventual necessidade de acionar o Judiciário não exclui o dever de formalizar o lançamento, pois não há garantia de que a lei, ainda que violadora da CRFB/88, não irradie efeitos e crie direitos subjetivos.**

Mesmo quando há provimento jurisdicional, é necessário, ao menos provisória e cautelarmente, que o lançamento seja formalizado, afastando a possibilidade de decadência, caso sobrevenha convalidação, via emendas constitucionais ou convênios do CONFAZ, ou em razão da modulação de efeitos pelo STF. Com muito mais razão esse é o procedimento adequado quando se tratar de liminar concedida, pois, não poucas vezes, os efeitos têm sido suprimidos pela declaração da perda do objeto de ADI, em virtude da revogação da lei contestada.

<sup>16</sup> Nos termos do parágrafo único do art. 23 da LC nº 87/96: “O direito de utilizar o crédito extingue-se depois de decorridos cinco anos contados da data de emissão do documento”.

<sup>18</sup> Disponível em:

<[http://www.sefaz.mt.gov.br/portal/subPages/PDF/Desafio\\_da\\_Convalidacao\\_dos\\_Beneficios\\_Fiscais.pdf](http://www.sefaz.mt.gov.br/portal/subPages/PDF/Desafio_da_Convalidacao_dos_Beneficios_Fiscais.pdf)>.

Acesso em: 22 abr. 2013.

Em síntese:

a) devem ser respeitadas a não cumulatividade, a presunção da constitucionalidade das leis e a separação dos poderes, razão pela qual o crédito de ICMS a ser abatido deve corresponder ao que incidiu efetivamente nas operações e prestações anteriores;

b) não há vedação ao direito e ao dever da fiscalização de examinar se os dados lançados nos documentos fiscais correspondem à realidade ou se retratam situação incompatível com os fatos ocorridos. O destaque do ICMS só é gerador de crédito (no mesmo valor) quando reflita a carga tributária das operações anteriores, posto que é instrumento de operacionalização da apuração (mero facilitador), não vinculando destinatário/comprador ou sujeito ativo;

c) impõe-se a formalização do crédito tributário, quando a compensação é superior ao permitido constitucionalmente, ainda que haja provimento jurisdicional provisório, a fim de prevenir a decadência, caso sobrevenha convalidação, via emendas constitucionais ou convênios do CONFAZ, modulação de efeitos pelo STF ou declaração de perda de objeto da ação.

Em razão do exposto, sugere-se:

a) à Secretaria de Estado de Fazenda: (1) que estude a alteração da legislação tributária, com o objetivo de deixar claro que o procedimento fiscal independe da inconstitucionalidade do benefício, limitando-se à observância da não cumulatividade; (2) que os novos lançamentos, no mesmo passo da alteração legislativa sugerida, desvincule a exigência tributária de qualquer consideração de invalidade do benefício ou de efetivo recolhimento; (3) que haja a lavratura do Auto de Infração, para prevenir a decadência, quando houver provimento jurisdicional provisório declarando a inconstitucionalidade do ato normativo ou administrativo concessivo do benefício;

b) à Advocacia-Geral do Estado: a divulgação do presente trabalho aos Procuradores do Estado, a fim de que sirva de subsídio em procedimentos administrativos e ações judiciais.

Belo Horizonte, 05 de novembro de 2013.

*Alberto Guimarães Andrade*  
*Procurador do Estado*

*Célio Lopes Kalume*  
*Procurador do Estado*

*Onofre Alves Batista Júnior*  
*Procurador do Estado*

## ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS POR PARTE O ESTADO\*

### RELATÓRIO DO GRUPO DE ESTUDOS – HONORÁRIOS PERICIAIS – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – ADIANTAMENTO DOS VALORES E/OU INDICAÇÃO DE PROFISSIONAL DOS QUADROS DO ESTADO APTO À REALIZAÇÃO DA PERÍCIA REQUERIDA – PROPOSTAS PARA SOLUÇÃO ADMINISTRATIVA

#### **I - RELATÓRIO**

##### **I.1 DESIGNAÇÃO DO GRUPO DE ESTUDOS**

O Senhor Advogado-Geral do Estado em exercício, Dr. Roney Luiz Torres Alves da Silva, instituiu, por meio da Ordem de Serviço nº 74, de 30 de setembro de 2013, Grupo de Estudos de Teses Judiciais com o propósito de examinar e emitir relatório sobre o tema “adiantamento de honorários periciais por parte do Estado”.

Foram designados para integrar o Grupo de Estudos os Procuradores do Estado Ana Carolina Oliveira Gomes, Cristiane de Oliveira Elian, Margarida Maria Pedersoli e Ricardo Magalhães Soares.

Foi recomendada ao Grupo a observância dos seguintes requisitos: sugestão de alterações normativas; textos de suporte doutrinário; estratégias de sensibilização; alteração de rotinas consequentes; jurisprudência e estudos comparados, se for o caso.

A referida Ordem de Serviço fixou a data limite de 18 de novembro de 2013 para entrega do relatório final dos trabalhos.

##### **I.2 ANTECEDENTES**

Os honorários de perito são reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais como parte da assistência judiciária integral e gratuita devida em razão da garantia constitucional do amplo acesso à Justiça. Esse panorama gera obrigações para o Estado, cujos limites vêm sendo discutidos na Justiça, com um crescente número de ações judiciais acerca do tema.

Nas justiças trabalhista e federal foram editados regulamentos, com vistas a assegurar um trâmite regular, razoável e eficaz, para o pagamento dos honorários de perito pela União.

Em 2011, o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 127, de 15 de março de 2011, recomendou aos Tribunais que destinem, sob rubrica específica, parte de seu orçamento ao pagamento de honorários de perito, tradutor ou intérprete, quando, nos processos de natureza cível, à parte sucumbente no objeto da perícia for deferido o benefício da justiça gratuita.

---

\* Relatório do Grupo de Estudos aprovado pelo Advogado-Geral do Estado.

Neste mesmo ano, instituiu-se na Casa um grupo de estudos sobre a matéria, que abordou o tema sob o seguinte aspecto “*assistência judiciária gratuita e responsabilidade do Estado pelo pagamento dos honorários periciais*”. À época, deu-se enfoque no entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da responsabilidade do Estado pelo pagamento desses honorários, bem como da atuação judicial dos Procuradores do Estado e suas teses jurídicas de defesa.

Atualmente, novo grupo de estudos foi formado para tratar do tema, mas já sob o enfoque do “*adiantamento de honorários periciais por parte do Estado*”. Assim, no presente trabalho o ponto de partida será a incontroversa responsabilidade do Estado pelo pagamento dos honorários periciais quando imprescindível a prova em processo cujo interessado litiga sob o pálio da justiça gratuita, para, a partir daí, analisar como tem se dado o cumprimento dessa obrigação pelo Estado.

A falta de critérios para o pagamento dos honorários gera um ciclo nocivo à segurança jurídica e ao interesse público: a proposta de honorários é apresentada pelo perito, muitas vezes sem qualquer juízo objetivo; as partes aceitam o valor proposto sem questionamento ou impugnação; o juiz homologa o valor como apresentado; o Estado é chamado para adiantar os honorários ou indicar profissional de seus quadros apto à realização da perícia requerida.

Como reflexo disso, as Procuradorias especializadas e regionais da Advocacia-Geral do Estado vêm acusando um aumento significativo no número de mandados de citação/intimação do Estado para pagamento de honorários de perito arbitrados em processos em que o ente não possui interesse direto.

Mesmo depois de passados mais de dois anos da edição da Resolução do CNJ, o Estado de Minas Gerais nada caminhou no sentido de implementar tais recomendações. Assim, em busca de sugestões, o presente trabalho também cuidou de investigar como a questão vem sendo tratada pelos outros estados da Federação.

## **II – PARECER**

Como cediço, a Constituição da República determina, no inciso LXXIV do art. 5º, que “*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*”. E o inciso V do art. 3º da Lei nº 1.060/50, por sua vez, esclarece que “*a assistência judiciária compreende ...*”, “*...honorários de advogado e de perito.*”

Destarte, considerando a legislação pertinente<sup>1</sup> e o entendimento pacificado na jurisprudência dos Tribunais, parte-se da premissa que incumbe ao Estado suportar o pagamento dos honorários do perito designado pelo Juízo para atuar em causas onde o requerente da produção da prova pericial é beneficiário da assistência judiciária gratuita.

A tese de defesa do Estado nesses casos tem sido não mais no sentido de negar sua responsabilidade, mas sim de preservar a forma e o momento adequados para o adimplemento dessa obrigação.

O Poder Judiciário, amiúde, diante da dificuldade de nomear um perito que aceite receber ao final seus honorários, vem determinando ao Estado o adiantamento dos honorários de perícia e/ou a indicação de um profissional de seus quadros apto à realização da perícia.

O Estado de Minas Gerais tem apresentado forte oposição quanto a tal determinação. Isso porque o fato de estar obrigado a suportar o pagamento dos honorários do perito não autoriza, por si só, impor-lhe o ônus de antecipar o pagamento de tal verba.

Estatui o art. 19 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

*Art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença. (...).*

Resta evidente, assim, que as custas processuais e periciais devem ser pagas ao **FINAL** e pelo vencido.

Não se ignora o crescente posicionamento jurisprudencial no sentido da impossibilidade da imposição ao jurisdicionado, beneficiário da justiça gratuita, do pagamento dos honorários periciais, do qual está o mesmo isento, provisoriamente, do adiantamento, com fulcro no art. 3º, inciso V, da Lei nº 1.060/50 e, ainda, da imputação ao Estado da obrigação de arcar com tais despesas.

Todavia, nos termos do art. 19, do CPC e pelo princípio da sucumbência, "... a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios" (art. 20, CPC), pelo que os honorários periciais deverão ser objeto de pagamento tão-somente ao final da lide, incluídos nos ônus sucumbenciais devidos pelo vencido.

Dessa forma, não se pode, *a priori* - antes que solucionada a lide - imputar-se ao Estado, não enquanto parte na demanda, mas como prestador que é de serviço público, o encargo direto do valor arbitrado a título de honorários periciais. Logo, impõe-se que os honorários periciais sejam pagos ao final pela parte que sucumbir, e, caso o sucumbente seja o beneficiário da justiça gratuita, que tal ônus recaia eventualmente sobre o Estado. Entretanto, este não é obrigado a adiantar as despesas com a realização da referida prova ou reembolsar esse valor ao final da demanda.

Feitas essas considerações, é possível se concluir que, embora ônus do Estado arcar com o pagamento dos honorários do perito designado para atuar a pedido de parte beneficiária da assistência judiciária, tal pagamento ocorre, em regra, ao final da demanda, devendo tal condição ser estabelecida pelo magistrado e observada pelo perito que aceitar o encargo.

Os Procuradores do Estado têm logrado êxito nos recursos de agravo de instrumento interpostos em face de decisão que determina o adiantamento dos honorários de perícia pelo Estado. O efeito suspensivo geralmente é concedido pelo Tribunal de Justiça e, ao final, o recurso é provido. Para ilustrar, seguem transcrições de algumas ementas de acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - PROVA PERICIAL REQUERIDA POR AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA - ADIANTAMENTO DE DESPESAS PROCESSUAIS - DESCABIMENTO - PAGAMENTO AO FINAL DA LIDE PELO RÉU VENCIDO OU PELO ESTADO - APRESENTAÇÃO DE LISTA DE PROFISSIONAIS DO QUADRO DE SERVIDORES DO ESTADO HABILITADOS PARA A REALIZAÇÃO DA PROVA - MEDIDA APTA A CONCRETIZAR A ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E A RAZOÁVEL

DURAÇÃO DO PROCESSO (ART.5º, LXXIV E LXXVIII, CR/88) - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. Não há adiantamento de honorários periciais no caso em que a prova técnica é requerida por autor beneficiado pela justiça gratuita (art. 3º, V, Lei nº 1.060/50). Em tal situação, a mencionada verba é paga ao final da lide, seja pelo réu vencido (art. 20, "caput", CPC c/c art. 11, "caput", Lei nº 1.060/50), seja pelo Estado, responsável pela assistência jurídica integral e gratuita dos hipossuficientes (art. 5º, LXXIV, CR/88).

2. Nesta hipótese, deve o magistrado inquirir o perito sobre a possibilidade de recebimento ao final da demanda e, em caso negativo, promover a nomeação de outro auxiliar que aceite laborar sob estes termos, preferencialmente de técnico de estabelecimento oficial especializado ou repartição administrativa do ente público responsável pelo custeio da prova pericial.

3. A determinação, pelo magistrado, de que o Estado de Minas Gerais forneça lista de profissionais pertencentes aos seus quadros que sejam legalmente encarregados da realização de perícias, busca concretizar o direito do hipossuficiente à assistência jurídica integral e à razoável duração do processo (art.5º, LXXIV e LXXVIII, CR/88), além de reduzir significativamente os custos com a prova técnica.

4) Recurso provido em parte. (AI 1321624-61.2012.8.13.0000 – 8ª Câm. Cível, DJE 20/05/2013, Relator Teresa Cristina da Cunha Peixoto)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA - PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL - REQUERIMENTO - PARTE BENEFICIÁRIA DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - HONORÁRIOS DO PERITO - ÔNUS - ESTADO - PAGAMENTO SOMENTE AO FINAL DA DEMANDA - DECISÃO REFORMADA. Impõe-se a reforma da decisão que determina ao Estado efetue o pagamento adiantado dos honorários do perito, designado pelo juízo a pedido de parte beneficiária da assistência judiciária gratuita. (AI nº 1.0024.11.004246-2/001 - 3ª Câm. Cível, DJe:25/09/2013, Relator Hilda Teixeira da Costa)

"EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROVA PERICIAL REQUERIDA PELA PARTE BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA - INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO ESTADO. Deve o Estado de Minas Gerais assumir o ônus financeiro da produção da prova pericial, que a ele deverá ser imposto na sentença, quando a parte que a pleiteou se encontrar sob o pálio da assistência judiciária gratuita, mas não está obrigado a adiantar os honorários do perito, já que não requereu a produção de tal prova."(AI nº 1.0024.08.101057-1/002 – 6ª Câm. Cível, DJE: 16/03/2012, Relator Maurício Barros).

*PROCESSUAL CIVIL. AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. HONORÁRIOS PERICIAIS. ESTADO. IMPOSSIBILIDADE DE ADIANTAMENTO. PAGAMENTO AO FINAL. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. I - É certo que a legislação que rege a assistência judiciária assegura ao beneficiário, inclusive, o encargo com os honorários periciais, o que não implica, no entanto, obrigação-direta ao Estado pelo adiantamento. II - O valor dos honorários do perito é pago ao final da lide, incluído nos ônus sucumbenciais pela parte que restar vencida. (Agravado de Instrumento nº 0425226-52.2008.8.13.0024. Rel. Des. Fernando Botelho. DJ: 10/08/2010) (g.n.)*

*DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. HONORÁRIOS PERICIAIS. ÔNUS DO REQUERENTE. IMPOSSIBILIDADE DE TRANFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO À PARTE CONTRÁRIA. - Se a parte que requer a perícia é beneficiária da assistência judiciária gratuita, não está ela obrigada ao depósito dos honorários. Todavia, tal circunstância "não tem o condão de transferir à parte contrária a responsabilidade pelo referido encargo que não requereu, cabendo essa responsabilidade ao estado, a quem incumbe prestar assistência judiciária aos necessitados e garantir o acesso à Justiça" (ap. 1.0024.03.010272-7/001, Des. EDILSON FERNANDES, data da publicação: 26/11/2004). - A jurisprudência deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, em casos tais, os honorários periciais devem ser adimplidos*



*ao final, pelo sucumbente. Caso seja este o beneficiário, caberá ao Estado o seu pagamento, por ser este o responsável pela assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, salvo, entendendo, na hipótese de revogação do benefício. Inteligência do art. 19 e 33 do Código de Processo Civil c/c art. 3º da Lei nº 1.060/50 e do art. 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal. (Agravo de Instrumento nº 1.0079.08.432.437-9/001, Relator o Desembargador Silas Vieira, DJ de 19.11.2009) (g.n.)*

*EMBARGOS À EXECUÇÃO - AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA - HONORÁRIOS DO PERITO - PAGAMENTO AO FINAL - PARTE VENCIDA. O autor estando a litigar sob o pálio da gratuidade de JUSTIÇA, fica isento, provisoriamente, do adiantamento dos HONORÁRIOS do perito, os quais serão pagos ao FINAL pelo vencido (Apelação Cível 1.0433.06.190014-1/002(1); Des. JOSÉ AMANCIO; julgado em 05/03/2008) (g.n.)*

*EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRELIMINAR DE DESCUMPRIMENTO DO ART. 525, I, DO CPC - REJEIÇÃO - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - HONORÁRIOS PERICIAIS - NECESSIDADE DE O MAGISTRADO TOMAR UMA DAS SOLUÇÕES ADEQUADAS, DIANTE DA INEXIGIBILIDADE DO PAGAMENTO DESSES VALORES, PELA PARTE ASSISTIDA - RECURSO PROVIDO. A juntada das peças elencadas no art. 525, do CPC, é condição de admissibilidade e de procedibilidade do agravo de instrumento. Contudo, essa condição deve ter em vista a finalidade, que, no caso da juntada das procurações e dos substabelecimentos, é a de observar a cadeia de poderes conferidos pela parte e sua devida representação. Assim, tenho que deve ser conhecido o recurso, pois as procurações e substabelecimentos coligidos pela agravante permitem a plena aferição da cadeia de poderes e da representação das partes, principalmente em relação ao advogado que subscreve a contraminuta. A jurisprudência tem deixado claro que a assistência judiciária compreende qualquer espécie de despesa processual, inclusive os honorários periciais. Como a autora requereu a produção da prova pericial, cabe a ela a remuneração do expert (art. 33, do CPC). Contudo, como ela está sob o pálio da justiça gratuita, impõe-se ao julgador a quo lançar mão de uma das soluções adequadas para a realização da prova técnica, como, por exemplo, oficiar a central de perícias ou o conselho profissional em cuja especialidade se enquadre a prova pericial, para indicar perito que a realize gratuitamente. Ou, ainda, intimar o expert nomeado para dizer se aceita receber os honorários, ao final da lide, da parte que sucumbir, ou do Estado, se o sucumbente estiver litigando sob o pálio da justiça gratuita. (Agravo nº 1.0024.04.441345-8/002 – Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha. DJ: 16/03/2007) (g.n.)*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO - JUSTIÇA GRATUITA - DEFERIDA - HONORÁRIOS PERICIAIS - RECURSO PROVIDO. Deferida a justiça gratuita, não há como se requerer à parte beneficiária o adiantamento dos honorários periciais, que apenas deverão ser pagos ao final pela parte vencida ou pelo Estado" (Agravo de Instrumento 1.0024.03.055079-2/001(1); Des. HILDA TEIXEIRA COSTA; julgado em 20/09/2007) (g.n.)*

*Agravo de Instrumento - Assistência judiciária - HONORÁRIOS PERICIAIS - Adiantamento. Inexigibilidade. A parte beneficiária da gratuidade de justiça está isenta de adiantamento dos honorários periciais. Se a parte que requereu a produção da prova pericial encontra-se sob a assistência judiciária, não se admite o prosseguimento do processo sem a produção da mencionada prova sob o fundamento da falta de depósito dos honorários. O magistrado de primeiro grau, no caso de haver necessidade de realização de perícia que interessa apenas beneficiário de Assistência Judiciária, deve requisitar a realização da perícia de órgão da Administração Pública ou dentre os peritos oficiais cadastrados de sua confiança, para receber ao final do vencido ou do Estado, caso seja sucumbente o beneficiário da Assistência Judiciária" (Agravo de Instrumento 1.0132.05.001149-4/001(1); Des. PEDRO BERNARDES; julgado em 09/05/2006) (g.n.)*

*"HONORÁRIOS PERICIAIS - JUSTIÇA GRATUITA - ISENÇÃO DO ADIANTAMENTO PELA PARTE BENEFICIÁRIA - PAGAMENTO AO FINAL COM*

*OS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA - SEM RESPALDO PRETENSÃO DO DEPÓSITO PELO ESTADO QUE NÃO É PARTE NA LIDE. Desde que se encontra a parte sob o pálio da justiça gratuita, está a mesma isenta do adiantamento dos honorários periciais que, conforme iterativa jurisprudência, estão compreendidos no referido benefício (art. 3º, V, Lei nº 1.050, de 1950). Assim, tais honorários deverão ser objeto de pagamento no final da lide, incluídos nos ônus sucumbenciais devidos pela parte que resultar vencida. A parte, ainda que beneficiada pela justiça gratuita, se vencida, terá, apenas, suspensa provisoriamente (art. 12, Lei nº 1.060, de 1950) a exigência de tais ônus. A legislação específica que rege a assistência judiciária e o CPC não estendem imposição direta ao Estado, terceiro na lide, da obrigação e determinação de depósito/pagamento direto de adiantamento de valor de honorários periciais nos autos em que litiguem partes sob o pálio da assistência judiciária" (Agravo de Instrumento 1.0024.05.818412-8/001(1); Des. EDUARDO ANDRADE; julgado em 11/04/2006) (g.n.)".*

Neste sentido também é o entendimento colhido na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

*“Nos termos da jurisprudência dominante neste Tribunal, os benefícios da assistência judiciária gratuita incluem os honorários de perito, devendo o Estado assumir os ônus advindos da produção da prova pericial. O Estado não está obrigado a adiantar as despesas com a realização da prova pericial ou reembolsar esse valor ao final da demanda. Caso o perito nomeado não consinta em realizar a prova pericial gratuitamente e/ou aguardar o final do processo, deve o juiz nomear outro perito, devendo a nomeação recair em técnico de estabelecimento oficial especializado ou repartição administrativa do ente público responsável pelo custeio da prova pericial. Precedentes.” (STJ, 3ª Turma, REsp 2002/0059651-2, Relatora Ministra Nancy Andriighi, j. 19/09/2002, publicado no DJ de 04/11/2002, p. 206; RJTAMG v. 88, p. 572)*

Esta AGE, também levando a questão ao Superior Tribunal de Justiça, tem logrado êxito no sentido de desonerar o Estado do adiantamento dos honorários de perícia. Em sede de julgamento de Recurso Especial interposto pelo Estado contra acórdão do TJMG que determinou o adiantamento dos honorários periciais, o Ministro Relator Humberto Martins deu provimento ao recurso especial, nos termos do art. 557, §1º, CPC, para desonerar o Estado de antecipar o pagamento dos honorários periciais, mencionando, contudo, que o “juiz deve nomear outro perito, devendo a nomeação recair em técnico de estabelecimento oficial especializado ou repartição administrativa do ente público” (Resp 1.410.111-MG, Segunda Turma, DPe 16/10/2013), Em idêntico sentido, posicionou-se no julgamento do Recurso Especial nº 1.406.754 – MG, Segunda Turma, DPe 08/11/2013, Rel. Ministro Humberto Martins.

Como se vê, embora o STJ tenha pacificado a questão quanto à impossibilidade de obrigar o ente estatal a adiantar os honorários periciais, esta Corte Superior, nas hipóteses em que o perito não aceitar o encargo para receber somente ao final, impõe ao estado o ônus de “sustentar a realização da prova pericial requerida, em colaboração com o Poder Judiciário, a quem compete indicar profissional de estabelecimento oficial especializado ou de repartição administrativa do ente público responsável pelo custeio da produção da prova”. Veja-se:

**"PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ARTS. 3º, V, E 11 DA LEI Nº 1.060/50, 19 E 33 DO CPC. HONORÁRIOS PERICIAIS. ANTECIPAÇÃO PELO ESTADO, QUANDO O EXAME FOR REQUERIDO POR BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. DESCABIMENTO. REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM COLABORAÇÃO COM O PODER JUDICIÁRIO.**

1. A controvérsia posta em debate diz respeito ao ônus pela antecipação dos

honorários do perito em ação em que o autor da demanda, postulante da perícia, é beneficiário da justiça gratuita.

2. O fato de o beneficiário da justiça gratuita não ostentar, momentaneamente, capacidade econômica de arcar com o adiantamento das despesas da perícia por ele requerida, não autoriza, por si só, a inversão do ônus de seu pagamento.

3. Tendo em vista que o perito nomeado não é obrigado a realizar o seu trabalho gratuitamente, incumbe ao magistrado requisitar ao Estado, a quem foi conferido o dever constitucional de prestar assistência judiciária aos hipossuficientes, o ônus de promover a realização da prova técnica, por meio de profissional de estabelecimento oficial especializado ou de repartição administrativa do ente público responsável pelo custeio da produção da prova, o que deve ocorrer em colaboração com o Poder Judiciário.

4. Recurso especial provido. (REsp 1245684/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves; 1ª Turma; DJe: 16/09/2011)

Assim, com base na orientação do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem desonerado o Estado do adiantamento prévio dos honorários de perícia, mas mantido a obrigação do ente estatal de indicar profissional de seus quadros apto à realização da perícia. Isso porque, em grande parte das vezes, o perito particular nomeado pelo juízo discorda em receber os honorários ao final da lide, o que torna necessária a nomeação e indagação de um ou até mais peritos, com grande prejuízo à celeridade do feito e ao direito material da parte.

No que concerne à determinação de indicação de profissional dos quadros do Estado, esta AGE tem alegado a ausência de previsão legal para tanto, com base nos argumentos seguintes:

O Estado de Minas Gerais destaca que não possui em seus quadros um profissional que realize perícias em processos judiciais em que se discutem direitos de particulares, citando um julgado do TJMG de 2006, que entendeu que não há previsão ou obrigatoriedade legal para que o órgão público indique/designe servidor estatal para funcionar como perito em processo judicial. A propósito:

PROCESSO CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. PROVA PERICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO ANTERIORMENTE JULGADO E QUE RECONHECEU A GRATUIDADE QUANTO AOS HONORÁRIOS DO PERITO. RECUSA DO MAGISTRADO EM CUMPRIR, DI-ANTE DA NEGATIVA DO ESTADO, A DECISÃO DO TRIBUNAL. IMPOSSIBILIDADE

- Reconhecido pelo Tribunal que a gratuidade de justiça abrange os honorários periciais, o juiz a quo deve envidar todos os esforços indispensáveis para a concreção desse benefício, sob pena de haver restrição indesejável ao acesso à justiça.

- **Mesmo sendo dever do Estado arcar com os custos para realização da prova pericial requerida pelo beneficiário da justiça gratuita, não é razoável, até mesmo por falta de previsão legal, impor-se ao Advogado-geral do Estado a obrigação de disponibilizar um servidor público para realizar a perícia, razão por que deve o magistrado averiguar se algum dos peritos cadastrados em juízo tem condições de realizar o trabalho técnico, recebendo os honorários ao final do feito, pagos pela parte vencida ou pelo Estado.**

- Preliminar rejeitada e agravo parcialmente provido. (AI 2.0000.00.512357-5/000. Relator Des. Alberto Vilas Boas, DJ: 14/01/2006)

Conforme Parecer nº 14.992, de 02 de fevereiro de 2010, aprovado pelo Senhor Advogado-Geral do Estado disponibilizado no *site* da instituição, “não se encontra legalmente prevista como competência ou função do cargo dos servidores públicos em questão, a realização de perícias judiciais, razão pela qual não se pode, sem ferir o princípio da

legalidade, designá-los judicialmente para, na condição de servidores estatais, realizarem perícias judiciais”.

Contudo, em que pese tais fundamentos, a tese não tem sido acolhida no próprio TJMG, demonstrando que a jurisprudência supracitada foi superada. Nessa parte do comando judicial – a de indicar profissional dos quadros públicos – o Estado não tem conseguido efeito suspensivo no agravo, se vendo obrigado a apontar o nome de servidor apto à realização da perícia, o que vem trazendo grandes transtornos e dificuldades. Outrossim, no âmbito da Administração Pública Estadual, a Advocacia do Estado não consegue junto às Secretarias e Órgãos estaduais que um servidor de seus quadros seja destacado para a condução da perícia, encontrando, destarte, grandes dificuldades em dar cumprimento ao comando judicial, sujeitando-se às penas de multa e de responsabilidade por crime de desobediência.

A tendência desse quadro é agravar-se, em vista do grande número de processos que tramitam com pedido de justiça gratuita e à semelhança do que já se percebe no arbitramento de honorários a defensores dativos, com o aumento ainda maior do montante de intimações do Estado para pagamento de honorários periciais, com a expectativa de crescimento incontrolável de seu passivo financeiro.

Do panorama até aqui traçado, infere-se que o Poder Judiciário Mineiro, ao invés de levar a cabo as recomendações da Resolução do CNJ nº 127/2011, tem repassado integralmente à Administração Pública os ônus da realização de perícias requeridas por beneficiários da gratuidade judiciária. Daí a necessidade premente de se pensar soluções na seara administrativa, mormente se se considerar que a quase totalidade dos estados-membros já caminham nesse sentido, conforme se verá no tópico a seguir.

### **III ESTUDO COMPARADO**

Mesmo depois de passados mais de dois anos da edição da Resolução do CNJ, o Estado de Minas Gerais nada caminhou no sentido de implementar tais recomendações. Assim, em busca de sugestões, o presente trabalho também cuidou de investigar como a questão vem sendo tratada pelos outros estados da Federação e também nos órgãos do Poder Judiciário Federal, que deu tratamento à questão muito antes mesmo da multicitada Resolução do Conselho Nacional de Justiça.

#### **III.1 NO ÂMBITO DOS ESTADOS-MEMBROS**

O Conselho Nacional de Justiça - CNJ, a exemplo do que já havia sido feito pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT e pelo Conselho da Justiça Federal - CJF, editou, em 15 de março de 2011, a Resolução nº 127, na qual recomenda que no âmbito da Justiça Estadual de primeiro e segundo grau sejam adotadas medidas para disciplinar o pagamento de honorários de perito no caso de justiça gratuita, tais como: a destinação, sob rubrica específica, de parte do orçamento do tribunal para o pagamento de honorários de perito; a manutenção de banco de peritos credenciados; a celebração de convênios; a vedação do nepotismo nas designações de peritos; a observância do requisito da sucumbência; a limitação do valor dos honorários periciais; o pagamento em regra após o trânsito em julgado da decisão; a limitação do adiantamento de despesas; respeito à ordem de pagamento apresentada ao Tribunal; e controle informatizado dos pagamentos.

## EXPERIÊNCIAS PRÁTICAS:

### - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Merecem registro algumas boas práticas encontradas nos outros estados-membros, no que toca à regulamentação do pagamento de honorários periciais em favor da parte que litiga sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

Faz-se menção especial neste trabalho ao Ato Presidencial nº 051/2009, de 22 de dezembro de 2009<sup>3</sup>, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que disciplina o

---

<sup>3</sup> Art. 1º Quando a parte requerente da prova pericial for beneficiária da assistência judiciária gratuita – AJG, ressalvadas as hipóteses previstas no § 2º deste artigo, nos §§ 1º e 4º do artigo 6º e no parágrafo único do artigo 9º deste ato, a perícia será autorizada diretamente pelo juízo, por decisão fundamentada, que arbitrará os honorários periciais nos termos da tabela constante do Anexo I, inclusive para fixá-los a menor se assim entender, observado o nível de exigência e de complexidade do trabalho, deferindo a sua realização e nomeando profissional que fará declaração de aceitação quanto aos termos do presente ato.

§ 1º O pagamento dos honorários periciais pelo Tribunal de Justiça observará os termos deste Ato, o artigo 25, *caput* da Lei nº 8.666/93, e os limites máximos fixados na tabela constante do Anexo I.

§ 2º Excepcionalmente, quando a perícia apresentar alguma peculiaridade e grau de complexidade que demonstre a necessidade de ultrapassar o limite dos valores estabelecidos neste ato, o magistrado deverá requerer, mediante postulação objetivamente fundamentada, autorização da Presidência do Tribunal de Justiça, por meio de ofício (Anexo II) devidamente instruído com cópia das peças que justifiquem essa medida, para fixar os honorários periciais em patamar superior ao limite da tabela constante do Anexo I.

§ 3º O magistrado observará especial cuidado na apreciação das situações que possam justificar a exceção versada no parágrafo anterior, bem como moderação na estimativa e na fixação dos honorários periciais, sopesando a necessidade da prova requerida.

Art. 2º O Tribunal de Justiça somente autorizará o pagamento de perícia quando:

I - quem a requerer for beneficiário da AJG;

II - determinada de ofício pelo Juízo ou a requerimento do Ministério Público, desde que, nesses casos, a Parte autora seja beneficiária da AJG; ou

III - requerida pelo Ministério Público, na condição de parte.

§ 1º em qualquer hipótese, o Magistrado deverá encaminhar o pedido de pagamento dos honorários periciais por meio de ofício (Anexo III), acompanhado de certidão (Anexo VI) expedida pelo cartório onde tramita/tramitou a ação, assinada pelo escrivão e visada pelo magistrado, onde conste:

I - o número e a natureza do processo judicial;

II - o nome das partes;

III - o deferimento da AJG, especificando para qual das partes foi concedida;

IV - o nome completo do perito nomeado, com indicação do número de inscrição no cadastro de pessoas físicas – CPF e endereço eletrônico de e-mail;

V - a data da nomeação do perito;

VI - o tipo de perícia realizada, classificando-a segundo as especialidades e a natureza da ação e/ou espécie estabelecidas na tabela constante do Anexo I, e ainda:

a) nos casos de avaliação, a especificação do bem avaliado;

b) nos casos em que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS figure como parte, especificar se a ação é decorrente de doença laboral ou de acidente do trabalho;

VII - o valor fixado a título de honorários periciais, em moeda corrente nacional;

VIII - a data da fixação dos honorários periciais;

IX - a indicação de quem requereu a perícia;

X - a data da apresentação do laudo pericial.

§ 2º Na hipótese do § 2º do artigo 1º, além do contido no parágrafo anterior, a certidão (Anexo VII) deverá indicar, ainda:

I - a estimativa do honorários de perito;

II - a autorização da Presidência do Tribunal de Justiça; e

III - o trânsito em julgado da sentença na qual conste a menção de que a parte beneficiária da AJG foi sucumbente e em qual proporção fixadas as verbas decorrentes da sucumbência.

§ 3º - quando se tratar de perito não cadastrado junto ao sistema de pagamentos, o pedido de pagamento deverá vir instruído, também, com cópia dos seguintes documentos:

I - registro geral – RG;

---

II - CPF;

III - comprovante de endereço;

IV - número do PIS/PASEP ou de sua inscrição individual junto ao INSS; e

V - caso o profissional deseje receber o crédito em sua conta-corrente junto ao Banrisul, deverá anexar a cópia do cartão magnético, ou do cheque ou, ainda, do extrato no qual conste a titularidade, número da agência e da conta.

§ 4º Caso não haja conta-corrente cadastrada junto ao sistema de pagamentos, o perito deverá indicar uma agência do Banrisul para receber os honorários periciais ou o crédito ficará disponível em uma agência do Banrisul da cidade constante de seu cadastro, conforme comprovante de endereço apresentado. Qualquer alteração posterior quanto aos dados do perito deverá ser solicitada por escrito, acompanhada de cópia do respectivo documento comprobatório.

Art. 3º O pagamento dos honorários periciais, nos casos disciplinados por este ato, à exceção da hipótese prevista no § 2º do artigo 1º, será efetuado após o término do prazo para que as partes se manifestem sobre o laudo, ou, havendo solicitação de esclarecimentos, depois de serem prestados.

Parágrafo único. Na excepcional hipótese prevista no § 2º do artigo 1º, o pagamento dos honorários periciais, no montante autorizado pela Presidência do Tribunal de Justiça, somente será efetuado após o trânsito em julgado da sentença e no caso desta condenar a parte beneficiária da AJG nas verbas decorrentes da sucumbência, observada, contudo, a proporção em que fixada.

Art. 4º O Tribunal de Justiça autorizará o pagamento de perícias realizadas no âmbito dos juizados especiais, com observância do limite estabelecido na tabela constante do Anexo I.

Art. 5º Havendo transação sem a estipulação quanto aos honorários periciais, estes serão divididos igualmente entre as partes.

Art. 6º Nos processos cíveis, os exames técnicos relacionados à área médica, quando indispensáveis, deverão ser realizados, sempre que possível, pelo Departamento Médico Judiciário do Tribunal de Justiça, com exceção das especialidades de psiquiatria e ortopedia em processos provenientes das comarcas de Porto Alegre, Alvorada, Cachoeira, Canoas, Gravataí, Guaíba e Viamão, que serão efetuadas por especialistas ou institutos particulares, observados os limites estabelecidos na tabela constante do Anexo I.

§ 1º Afora as situações ressalvadas no *caput* deste artigo, somente em casos excepcionais, em que haja prévia solicitação do magistrado objetivamente fundamentada, por meio de ofício (Anexo IV), e desde que haja verba orçamentária disponível, a Presidência do Tribunal de Justiça autorizará a realização de exames técnicos, relacionados à área médica, por especialistas ou institutos particulares.

§ 2º Nas ações de acidente do trabalho propostas contra o INSS, o procedimento observará o disposto no *caput* e no § 1º deste artigo.

§ 3º Nos exames realizados pelo Departamento Médico Judiciário – DMJ, recomenda-se ao magistrado o arbitramento de honorários periciais no valor correspondente ao dobro do previsto na tabela constante do Anexo I para a respectiva modalidade, com recolhimento ao final do processo pela parte sucumbente, se não for beneficiária da AJG, na conta-corrente nº 03.152855.0-0, FRPJ – Honorários Periciais, agência 0835, Banco 041 - Banrisul.

§ 4º Nas ações de interdição, quando acostado aos autos do processo o laudo oficial elaborado pelo INSS, a Presidência do Tribunal de Justiça somente autorizará a realização de exames técnicos por especialistas ou institutos particulares quando o magistrado justificar a necessidade de produção da prova pericial.

§ 5º Nas ações de investigação de paternidade em que as partes sejam beneficiárias da AJG, o magistrado deverá encaminhar o pedido de perícia ao DMJ, que observará o convênio do Tribunal de Justiça com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul e/ou outros órgãos conveniados.

Art. 7º O Tribunal de Justiça não pagará exame pericial nos casos de competência delegada (art. 109, § 3º, e art. 112, ambos da Constituição Federal), ainda que requerido pela parte beneficiária da AJG.

Art. 8º No caso de designação judicial de perito integrante do Instituto de Criminalística para exercer o encargo de Perito Judicial em feitos cíveis nos quais a parte seja beneficiária da AJG, assim como nos casos em que por disposição legal, não couber antecipação de verba honorária pelo promovente da ação, a recusa do perito, por motivo justo, dependerá de apreciação do magistrado.

Art. 9º Nos processos criminais, as perícias, quando indispensáveis, observarão as regras do Código de processo Penal – CPP (artigo 158 e seguintes), nessas hipóteses serão utilizados os serviços do Instituto de Criminalística, do Departamento Médico-Legal, do Instituto Psiquiátrico Forense e do Centro de Observação Tecnológica.

Parágrafo único. Somente em casos excepcionais, devidamente justificados, em que haja prévia solicitação do magistrado, por meio de ofício (Anexo IV), e desde que exista verba orçamentária disponível, a Presidência do Tribunal de Justiça autorizará a realização, nos processos criminais, de exames técnicos por especialistas ou institutos particulares.

Art. 10. Os emolumentos de tradução ou versão de texto, ao profissional designado nos termos previstos no Provimento nº 20/95-CGJ (Anexo VIII) e no Ofício-GAB 1ª VP-Nº 27/2006 (Anexo IX), por trabalho efetivamente realizado, serão pagos da seguinte forma.

procedimento administrativo para o pagamento de perícias, de exames técnicos e de traduções e versões no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, nos casos de Assistência Judiciária Gratuita. Como se vê, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se antecipou e editou regulamento próprio para o pagamento de honorários periciais em caso de justiça gratuita antes mesmo das recomendações do Conselho Nacional de Justiça.

### **- Tribunal de Justiça da Bahia**

O Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça da Bahia editou a Resolução nº CM-01, de 24 de janeiro de 2011, que cria o Programa de Apoio aos Órgãos Jurisdicionais na Realização de Perícias Judiciais, diretamente ligado à Presidência do Tribunal de Justiça, e dá outras providências.

As perícias são autorizadas pelos magistrados que presidem o processo que podem, por despacho nos autos, nomear profissional ou solicitar indicação de perito cadastrado no programa. Caso o perito não esteja previamente cadastrado, o magistrado deve enviar ofício solicitando sua inclusão no programa.

O pagamento dos honorários periciais é efetuado pelo Tribunal de Justiça com recursos do Fundo de Aparentamento Judiciário (FAJ), conforme autoriza a Lei Estadual nº 11.918, de 16 de junho de 2010. Os peritos recebem remuneração a título de ajuda de custo.

A Resolução ainda estabelece, em seu Anexo I, os valores máximos das perícias.

---

§ 1º Até 03 (três) laudas traduzidas/vertidas, cada uma delas considerada como as primeiras 35 (trinta e cinco) linhas datilografadas ou digitadas e impressas por meio eletrônico de processamento de dados, o valor de R\$39,90 (trinta e nove reais e noventa centavos).

§ 2º Para cada lauda excedente às 03 (três) primeiras, será pago o valor de R\$10,50 (dez reais e cinquenta centavos), ficando os emolumentos limitados ao valor máximo de R\$500,00 (quinhentos reais).

§ 3º Por cópia autenticada fornecida simultaneamente com a tradução ou versão, bem como para translado autenticado de versão u tradução, fornecido posteriormente, serão pagos emolumentos correspondentes a 10% (dez por cento) dos valores devidos para cada trabalho.

§ 4º Se o mesmo ato/diligência judicial reclamar a expedição de mais de uma carga rogatória, dirigida a países diversos ou referir-se a parte distinta, com versão para um mesmo idioma, ou, ainda, em caso de trabalhos repetitivos, os emolumentos de tradução e/ou versão ficam limitados a 20% (vinte por cento) do valor referente à primeira tradução e/ou versão.

§ 5º Em trabalho realizado por intérprete, com até 03 (três) horas de duração, será pago o valor de R\$50,00 (cinquenta reais e R\$20,00 (vinte reais) para cada hora excedente.

§ 6º O pagamento será autorizado pelo Tribunal de Justiça mediante apresentação de ofício do magistrado (Anexo V), acompanhado, necessariamente, de cópia do trabalho executado.

Art. 11. Aplicam-se aos tradutores e aos intérpretes as disposições constantes dos §§ 3º e 4º e do art. 2º deste Ato.

Art. 12. O Tribunal de Justiça não antecipará ao perito, ao tradutor ou ao intérprete, em qualquer hipótese e a qualquer título, valores para custear despesas decorrentes do trabalho técnico a ser realizado.

Art. 13. Ao final da ação, se sucumbente a parte não beneficiária da AJG, esta ressarcirá o Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, devendo o valor dos honorários periciais ou dos emolumentos da tradução e/ou versão, corrigido monetariamente de acordo com a variação das URCS desde a data do pagamento, ser depositado na conta corrente nº 03.152855.0-0, FRPJ – Honorários Periciais, Agência 0835, Banco 041 – Banrisul.

Parágrafo único. Enquanto não comprovado o valor do depósito a ser ressarcido, o processo não poderá ser baixado.

Art. 14. O valor fixado para os honorários periciais e emolumentos de tradução e/ou versão poderá ser corrigido anualmente, a critério da Administração, e desde que alterações econômicas justifiquem esta providência.

Parágrafo único. Caberá à direção financeira elaborar estudo quanto ao percentual a ser aplicado.

Art. 15. Este ato entrará em vigor no primeiro dia útil seguinte à data de sua disponibilização no Diário da Justiça eletrônico, revogando-se as disposições em contrário, em especial o ato nº 042/2006-P e suas posteriores alterações.

### **- Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**

O Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro editou a Resolução nº 3, de 27 de janeiro de 2011, com o objetivo de estabelecer e consolidar normas, orientações e procedimentos para a execução das atribuições da Divisão de Perícias Judiciais, principalmente no que se refere à realização de perícia em processos judiciais com deferimento da assistência judiciária gratuita e processos inerentes a Acidente de Trabalho.

A Resolução prevê que o juiz poderá valer-se do auxílio da Divisão de Perícias Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro DIPEJ para nomeação direta de profissional nela cadastrado.

Pela Resolução, havendo disponibilidade orçamentária do Fundo Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro FETJ, será paga ajuda de custo ao perito cadastrado que realizar o trabalho pericial em processo sob o pálio da assistência judiciária gratuita ou em processo administrativo, com a autorização expressa do Presidente deste Tribunal, através de depósito bancário em conta corrente do próprio perito.

O Tribunal de Justiça somente autorizará o pagamento após o recebimento do laudo pericial na serventia, através do Protocolo Geral de Primeira ou Segunda Instância, e da solicitação expressa de pagamento do juízo requerente, conforme disciplina prevista em Ato Normativo do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A Resolução prevê que em hipótese alguma haverá antecipação de valores para custeio de despesas decorrentes do trabalho pericial.

Também estabelece que nos casos de competência delegada (CF/88, art. 109, § 3º e art. 112), o exame pericial eventualmente requerido na ação não será pago pelo Tribunal de Justiça, ainda que a parte solicitante seja beneficiária da assistência judiciária gratuita.

De se registrar que a Resolução fixa, em seu Anexo, valores para pagamento da ajuda de custo.

### **- Tribunal de Justiça de Santa Catarina**

No Estado de Santa Catarina, o Poder Judiciário, através de sua Corregedoria-Geral da Justiça, e a Procuradoria-Geral do Estado celebraram o Convênio n. 81 (cópia anexa) em 22 de junho de 2012, que tem por objeto o pagamento dos honorários periciais em processos de natureza cível quando o requerente for beneficiário da assistência judiciária gratuita, o Ministério Público ou o próprio Juízo.

O referido Convênio prevê a realização de um cadastro prévio no site da Corregedoria-Geral de Justiça de peritos para realização de perícias. Esse Órgão cuidará da atualização cadastral dos peritos a cada dois anos. Após a entrega do laudo, manifestação das partes ou esclarecimentos, o Juiz da causa requisitará o pagamento dos honorários periciais à Procuradoria-Geral do Estado, por meio de sistema eletrônico disponibilizado pelo tribunal de Justiça, com uso de senha pessoal e intransferível.

A Procuradoria-Geral do Estado, por sua vez, deverá efetuar o repasse da verba honorária no prazo máximo de 15 (quinze) dias contados da data da requisição, acrescido de 20% referente à parcela patronal da contribuição do INSS. Havendo reversão da sucumbência,



cabará à parte contrária ressarcir o erário dos honorários periciais pagos pela Procuradoria-Geral do Estado, sob pena de execução específica da verba.

Salienta-se que o Anexo Único do Convênio fixa valores mínimos e máximos de acordo com a espécie de perícia a ser realizada.

#### **- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte**

No âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte foram instituídos os serviços de peritos, tradutores e intérpretes custeados com os recursos do Tribunal de Justiça, destinados ao atendimento de partes beneficiadas pela gratuidade judiciária, através da Resolução nº 063/2009, publicada em 16 de dezembro de 2009, consoante cópia em anexo.

Também nesse Estado, a Resolução fixa, em seu Anexo, valores para pagamento dos honorários periciais.

Releva destacar, por fim, que se apurou, até aqui, que os Tribunais de Justiça do Distrito Federal e Territórios, e dos estados do Acre, Bahia, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte e Santa Catarina, já dispõem de programas de custeio de perícias aos litigantes necessitados.

#### **- Outros**

As Cortes de Goiás, Paraná, Amapá e Roraima informaram já ter iniciado o processo de implementação das diretrizes definidas na Resolução nº 127 do Conselho Nacional de Justiça nesse sentido, ao passo que os estados do Pará e Rondônia ainda nada fizeram a respeito.

### **III.2 EM ÂMBITO FEDERAL**

O Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT editou a Resolução nº 66, de 10 de junho de 2010<sup>4</sup>, que regulamenta, no âmbito da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo

---

<sup>4</sup> Art. 1º Os Tribunais Regionais do Trabalho deverão destinar recursos orçamentários para:

I - o pagamento de honorários periciais, sempre que à parte sucumbente na pretensão for concedido o benefício da justiça gratuita;

II - o pagamento de honorários a tradutores e intérpretes, que será realizado após atestada a prestação dos serviços pelo juízo processante, de acordo com a tabela constante do Anexo.

§ 1º Os valores serão consignados sob a rubrica “Assistência Judiciária a Pessoas Carentes”, em montante estimado que atenda à demanda da Região, segundo parâmetros que levem em conta o movimento processual.

§ 2º O juiz poderá ultrapassar em até 3 (três) vezes os valores fixados na tabela constante do Anexo, observados o grau de especialização do tradutor ou intérprete e a complexidade do trabalho, comunicando-se ao Corregedor do Tribunal.

Art. 2º A responsabilidade da União pelo pagamento de honorários periciais, em caso de concessão do benefício da justiça gratuita, está condicionada ao atendimento simultâneo dos seguintes requisitos:

I – fixação judicial de honorários periciais;

II – sucumbência da parte na pretensão objeto da perícia;

III – trânsito em julgado da decisão.

§ 1º A concessão da justiça gratuita a empregador, pessoa física, dependerá da comprovação de situação de carência que inviabilize a assunção dos ônus decorrentes da demanda judicial.

§ 2º O pagamento dos honorários poderá ser antecipado, para despesas iniciais, em valor máximo equivalente a R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), efetuando-se o pagamento do saldo remanescente após o trânsito em julgado da decisão, se a parte for beneficiária de justiça gratuita.

graus, a responsabilidade pelo pagamento e antecipação dos honorários de perito, do tradutor e do intérprete, no caso de concessão à parte do benefício de justiça gratuita. Partindo da premissa de que os tribunais devem destinar recursos orçamentários para o pagamento de honorários de perito nos processos em que for deferido o benefício da justiça gratuita, o regulamento do CSJT estabelece requisitos para o pagamento, fixa critérios e valores máximos dos honorários e de sua antecipação, sugere a manutenção de sistema de credenciamento de peritos e a celebração de convênios, além de regras operacionais para o pagamento.

Já o Conselho da Justiça Federal – CJF editou a Resolução CJF nº 558, de 22 de maio de 2007<sup>5</sup>, que dispõe sobre o pagamento de honorários de advogados dativos, curadores,

---

§ 3º No caso de reversão da sucumbência, quanto ao objeto da perícia, caberá ao reclamado-executado ressarcir o erário dos honorários periciais adiantados, mediante o recolhimento da importância adiantada em GRU – Guia de Recolhimento da União, em código destinado ao Fundo de “assistência judiciária a pessoas carentes”, sob pena de execução específica da verba. (NR)

Art. 3º Em caso de concessão do benefício da justiça gratuita, o valor dos honorários periciais, observado o limite de R\$ 1.000,00 (um mil reais), será fixado pelo juiz, atendidos:

- I – a complexidade da matéria;
- II – o grau de zelo profissional;
- III – o lugar e o tempo exigidos para a prestação do serviço;
- IV – as peculiaridades regionais.

Parágrafo único. A fixação dos honorários periciais, em valor maior do que o limite estabelecido neste artigo, deverá ser devidamente fundamentada.

Art. 4º Havendo disponibilidade orçamentária, os valores fixados nesta Resolução serão reajustados anualmente no mês de janeiro, com base na variação do IPCA-E do ano anterior ou outro índice que o substitua, por ato normativo do Presidente do Tribunal.

Art. 5º O pagamento dos honorários efetuar-se-á mediante determinação do presidente do Tribunal, após requisição expedida pelo Juiz do feito, observando-se, rigorosamente, a ordem cronológica de apresentação das requisições e as deduções das cotas previdenciárias e fiscais, sendo o valor líquido depositado em conta bancária indicada pelo perito, tradutor ou intérprete.

Parágrafo único. O valor dos honorários será atualizado pelo IPCAE ou outro índice que o substitua, a partir da data do arbitramento até o seu efetivo pagamento.

Art. 6º As requisições deverão indicar, obrigatoriamente: o número do processo, o nome das partes e respectivos CPF ou CNPJ; o valor dos honorários, especificando se de adiantamento ou se finais; o número da conta bancária para crédito; natureza e característica da atividade desempenhada pelo auxiliar do Juízo; declaração expressa de reconhecimento, pelo Juiz, do direito à justiça gratuita; certidão do trânsito em julgado e da sucumbência na perícia, se for o caso; e o endereço, telefone e inscrição no INSS do perito, tradutor ou intérprete.

Art. 7º Os Tribunais Regionais do Trabalho poderão manter sistema de credenciamento de peritos, tradutores e intérpretes para fins de designação, preferencialmente, de profissionais inscritos nos órgãos de classe competentes e que comprovem sua especialidade na matéria sobre a qual deverão opinar, a ser atestada por meio de certidão do órgão profissional a que estiverem vinculados.

Art. 8º As Presidências de Tribunais Regionais do Trabalho ficam autorizadas a celebrar convênios com instituições com notória experiência em avaliação e consultoria nas áreas de Meio Ambiente, Promoção da Saúde, Segurança e Higiene do Trabalho, e outras, capazes de realizar as perícias requeridas pelos Juízes.

Art. 9º O pagamento dos honorários está condicionado à disponibilidade orçamentária, transferindo-se para o exercício financeiro subsequente as requisições não atendidas.

Art. 10. Nas ações contendo pedido de adicional de insalubridade, de periculosidade, de indenização por acidente do trabalho ou qualquer outro atinente à segurança e saúde do trabalhador, o Juiz poderá determinar a notificação da empresa reclamada para trazer aos autos cópias dos LTCAT (Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho), PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional) e PPRA (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais), e de laudo pericial da atividade ou local de trabalho, passível de utilização como prova emprestada, referentes ao período em que o reclamante prestou serviços na empresa.

Art. 11. Fica revogada a Resolução nº 35/2007.

Art. 12. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

<sup>5</sup> Art. 1º No âmbito da Justiça Federal, a assistência judiciária aos beneficiários da gratuidade de justiça será realizada pela Defensoria Pública da União.

§ 1º Na hipótese de não ser possível a atuação de Defensor Público da União, pela inexistência ou pela deficiência de quadros, o juiz poderá nomear advogado voluntário ou dativo para atuação no processo.

§ 2º Não se designará advogado dativo quando houver advogados voluntários cadastrados aptos a exercerem este múnus, salvo se o juiz da causa entender que a assistência judiciária da parte não puder ser adequadamente prestada por um dos advogados voluntários, hipótese em que será obrigatória a comunicação à Corregedoria, justificando tal providência.

§ 3º Os recursos vinculados ao custeio da assistência judiciária aos necessitados destinam-se ao pagamento de honorários dos advogados dativos, curadores, peritos, tradutores e intérpretes.

§ 4º Os honorários serão fixados pelo juiz, com base nesta Resolução e nas Tabelas I, II, III e IV, constantes do Anexo I.

§ 5º Os honorários fixados serão pagos com base na tabela vigente à época do efetivo pagamento.

§ 6º Os advogados voluntários não farão jus a nenhuma contraprestação da Justiça Federal, percebendo somente, e se for o caso, os eventuais honorários de sucumbência, na forma do art. 23 da Lei nº 8.906/94.

§ 7º Os advogados voluntários que exercerem tal função durante pelo menos dois anos consecutivos e que tenham atuado, neste período, no mínimo em 5 (cinco) processos, receberão certificado comprobatório do tempo efetivo de prática forense, podendo, a critério do respectivo Tribunal, tal atuação ser caracterizada como título em concursos públicos de provas e títulos realizados no âmbito respectivo.

§ 8º A designação de advogados voluntários, advogados dativos, curadores, peritos, tradutores e intérpretes é ato exclusivo do juiz da causa, sendo vedada a indicação de cônjuge, companheiro e parente, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, de magistrado ou de servidor do juízo.

Art. 2º A fixação dos honorários dos advogados dativos estabelecidos na Tabela I, do Anexo I, observará a complexidade do trabalho, a diligência, o zelo profissional e o tempo de tramitação do processo.

§ 1º Salvo nos processos penais, não se admitirá a nomeação de advogado dativo ad hoc para um único ato. Neste caso, os honorários serão arbitrados entre 1/3 (um terço) e 2/3 (dois terços) do valor mínimo.

§ 2º Atuando um único advogado dativo na defesa de mais de um beneficiário da assistência judiciária gratuita, em um mesmo processo, o limite máximo poderá ser excedido em até 50% (cinquenta) por cento, observado o disposto no caput deste artigo.

§ 3º Ainda que haja processos incidentes, a remuneração deverá ser única e será determinada pela natureza da ação principal, observados os valores mínimos e máximos da Tabela I do Anexo I.

§ 4º Salvo quando se tratar de advogado ad hoc, o pagamento dos honorários só deverá ser efetuado após o trânsito em julgado da sentença.

§ 5º Nas demandas de massa repetitivas, o arbitramento de honorários do advogado dativo ocorrerá conforme um dos seguintes procedimentos:

I - designação de advogado dativo para atuação em lotes de processos idênticos, não inferiores a 20 (vinte) e não superiores a 100 (cem), com arbitramento de honorários para cada um dos processos, em valor correspondente a 10% (dez por cento) do valor máximo constante das Tabelas I e IV do Anexo I desta Resolução, conforme o caso;

II - arbitramento de honorários apenas no primeiro processo, no valor máximo, dentre os de matéria idêntica que tramitam junto ao juízo.

Art. 3º O pagamento dos honorários periciais, nos casos de que trata esta Resolução, só será efetuado após o término do prazo para que as partes se manifestem sobre o laudo ou, havendo solicitação de esclarecimentos, depois de serem prestados.

§ 1º Na fixação dos honorários periciais estabelecidos nas Tabelas II e IV do Anexo I será observado, no que couber, o contido no caput do art. 2º, podendo, contudo, o juiz ultrapassar em até 3 (três) vezes o limite máximo, atendendo ao grau de especialização do perito, à complexidade do exame e ao local de sua realização, comunicando-se ao Corregedor-Geral.

§ 2º Nos Juizados Especiais Federais, os honorários de perito serão pagos à conta de verba orçamentária da respectiva Seção Judiciária e, quando vencida na causa a entidade pública, seu valor será incluído na ordem de pagamento a ser feita em favor da Seção Judiciária.

§ 3º Poderá haver adiantamento de até 30% (trinta por cento) do valor máximo da verba honorária nos casos em que o perito, comprovadamente, necessitar de valores para a satisfação antecipada de despesas decorrentes do encargo assumido;

§ 4º Aplicam aos pagamentos dos peritos o disposto no § 5º do art. 2º desta Resolução.

Art. 4º Os honorários dos tradutores e intérpretes serão pagos de acordo com a Tabela III do Anexo I, após atestada a prestação dos serviços pelo juízo processante.

Parágrafo único. Os valores fixados na Tabela III do Anexo I poderão ser ultrapassados em até 3 (três) vezes, observadas as cautelas previstas no §1º do art. 3º desta Resolução.

Art. 5º É vedada a remuneração do advogado dativo, de que trata esta Resolução, quando a sentença definitiva contemplá-lo com honorários resultantes da sucumbência.

§ 1º Em hipótese alguma o advogado voluntário ou dativo poderá postular, pactuar ou receber qualquer valor, bem ou vantagem da parte assistida, seja a que título for, ensejando a violação de tal dispositivo sua imediata exclusão do cadastro, sem prejuízo de outras sanções.

---

§ 2º Eventual impugnação do advogado dativo quanto ao valor arbitrado pelo juiz a título de honorários, sua ausência, ou ainda atraso no pagamento da quantia estabelecida pelo juiz, que possa vir a caracterizar inobservância das regras estabelecidas por esta Resolução, somente poderá ser efetivada junto às Corregedorias ou às Direções de Foro, conforme o caso, não podendo implicar em paralisação ou atraso no andamento do processo.

Art. 6º Os pagamentos efetuados de acordo com esta Resolução não eximem o vencido de reembolsá-los ao Erário, exceto quando beneficiário da assistência judiciária gratuita.

Art. 7º Os valores de que trata esta Resolução serão reajustados anualmente, no mês de janeiro, por meio de Portaria do Coordenador-Geral da Justiça Federal, com base na variação do IPCA-E do ano anterior, desde que haja disponibilidade orçamentária.

Art. 8º Na Justiça Federal será implementado um cadastro informatizado de advogados voluntários para a prestação de assistência judiciária, gerenciado pelos Presidentes dos Tribunais e pelos Diretores de Foro das Seções Judiciárias, tendo como gestor do sistema, em âmbito nacional, o Conselho da Justiça Federal.

§ 1º No ato de cadastramento, o advogado fornecerá os dados necessários ao preenchimento do respectivo formulário (Anexo II) e firmará ciência das condições em que será prestada a assistência judiciária voluntária.

§ 2º O pedido de exclusão ou de suspensão não desonera o profissional de seus deveres para com os assistidos que já lhe tenham sido encaminhados, devendo prosseguir atuando nos feitos correspondentes enquanto eventual renúncia não produzir efeitos, na forma do Código de Processo Civil.

§ 3º O advogado voluntário somente assume tal condição no processo após a designação pelo juiz da causa, constituindo o cadastramento mero procedimento administrativo prévio.

§ 4º É vedado ao advogado voluntário apresentar-se, em qualquer circunstância, sob o título de defensor federal, ou utilizar expressões semelhantes, que possam induzir à conclusão de se tratar de Defensor Público da União, ocupante de cargo público ou ainda de integrante de entidade pública oficial.

§ 5º O cadastramento ou a atuação, como advogado voluntário, não cria vínculo empregatício, funcional ou de qualquer outra natureza, entre o advogado e a Justiça Federal, ou entre este e a Justiça Federal, ou entre este e União Federal.

§ 6º São requisitos obrigatórios para o cadastramento:

I - a regular inscrição junto à entidade de classe;

II - ausência de penalidade disciplinar imposta pela entidade referida;

III - indicação dos dados profissionais do advogado, especialmente endereço e telefone de trabalho, bem como o número do respectivo CPF;

IV - assinatura de termo de compromisso padronizado, em que constem as exigências e obrigações impostas por esta Resolução.

§ 7º As autoridades mencionadas no caput deste artigo deverão solicitar e adotar as medidas necessárias à ampla divulgação da possibilidade de cadastramento junto às entidades de classe, faculdades de direito e advogados em geral, elaborando cartazes a serem afixados nas dependências dos foros, sem prejuízo da publicação obrigatória de edital no órgão de imprensa oficial.

§ 8º O cadastramento eletrônico de advogados voluntários deverá estar implementado no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da publicação da presente Resolução.

Art. 9º A Guia de Encaminhamento constitui documento obrigatório que qualifica o interessado como assistido e será expedida mediante simples requisição e apresentação de documentos de identidade e comprovante de residência, credenciando-o a ser atendido por advogado voluntário.

§ 1º O documento a que se refere o caput deste artigo, a ser emitido por sistema eletrônico próprio da Justiça Federal, observada a forma constante do Anexo III da presente Resolução, conterá numeração e especificará o assistido e o advogado voluntário, bem como as qualificações deste, devendo conter, ainda, a declaração do assistido de estar ciente de que não poderá fazer pagamento a qualquer título ao advogado voluntário, e declaração deste de que não receberá qualquer remuneração do assistido; a segunda via será arquivada na repartição própria da Justiça Federal.

§ 2º Constará da Guia de Encaminhamento a identificação do servidor responsável pela sua emissão, o qual será designado pela direção do foro ou por quem, na respectiva sede, coordene os serviços.

§ 3º A Guia de Encaminhamento instruirá a petição inicial e o título de atuação do advogado voluntário será sua designação pelo juiz da causa, dispensando-se a procuração.

Art. 10. O advogado voluntário promoverá todos os esforços necessários à defesa dos interesses do assistido, zelando pela reunião da documentação necessária, pelo encaminhamento da demanda no prazo de 30 (trinta) dias e pelo acompanhamento integral do processo, até o trânsito em julgado da sentença, e respectivo cumprimento, incumbindo-lhe ainda orientar, quando solicitado, o assistido acerca da evolução do processo.

Parágrafo único. Caberá ao juiz do processo exercer o controle sobre a assistência judiciária prestada pelo advogado voluntário, podendo inclusive substituí-lo, fazendo-o, neste último caso, "fundamentadamente".

Art. 11. Quando, a juízo do advogado, a propositura da ação for descabida, ele devolverá a guia de encaminhamento ao assistido com justificativa própria, por escrito.

peritos, tradutores e intérpretes, em casos de assistência judiciária gratuita, e disciplina os procedimentos relativos ao cadastramento de advogados voluntários e dativos no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus e dos Juizados Especiais Federais.

A Resolução do CJF estabelece que o pagamento só será efetuado após o término do prazo para que as partes se manifestem sobre o laudo ou, havendo solicitação de esclarecimentos, depois de serem prestados.

## **EXPERIÊNCIAS PRÁTICAS:**

### **Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região e Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região**

Antes mesmo das recomendações do CSJT, o Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região já vinha adotando o Provimento TRT nº 1, de 6 de maio de 2005, aprovado pela Resolução TRT nº 46, de mesma data, que dispõe sobre a remuneração de peritos em caso de justiça gratuita.

A referida norma estabeleceu, em seu art. 1º, que, caso os honorários tenham que ser suportados pelos beneficiários da justiça gratuita, estes serão quitados após o trânsito em julgado, com recursos vinculados no orçamento à conta “Programa de Trabalho Assistência Jurídica a Pessoas Carentes”, código 02061.0571.4224.0031.

Também cuidou de estabelecer que se no curso do processo for apurado que o assistido pode atender, ainda que parcialmente, aos honorários fixados, este suportará o pagamento deles (parágrafo único do art. 1º).

Estabeleceu o regulamento que, *“independente do valor fixado, só poderá ser quitado à conta daquele Programa, a título de honorários, o limite máximo de até 01 (um) salário mínimo, enquanto houver recursos orçamentários e, mesmo assim, limitado ao exercício em que requerido o pagamento, vedada a transferência deste para exercícios seguintes”* (art. 2º).

O Provimento também dispôs que o Juiz determinará à Secretaria do órgão, mediante requerimento do interessado, que lhe seja expedida certidão, que será submetida ao

---

Art. 12. Aos advogados dativos, curadores e peritos aplicam-se, no que couber, as regras estabelecidas nos artigos anteriores que compõem este Título, em especial as previstas no art. 8º, §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º, *fine*, e no artigo 10.

Art. 13. A Justiça Federal, em colaboração com a entidade de classe, organizará periodicamente cursos de atualização nas especialidades reclamadas pela demanda forense.

Art. 14. Os Tribunais e as Seções Judiciárias deverão manter, no mínimo, controles informatizados, contendo os dados da ação, o quantitativo de processos e de pessoas assistidas, bem como os valores pagos a advogado dativo, curador, perito, tradutor e intérprete.

§ 1º Os dados referentes aos Juizados Especiais Federais deverão constar das tabelas do Anexo IV, as quais serão encaminhadas mensalmente aos Coordenadores Regionais dos Juizados Especiais Federais.

§ 2º Com base nesses dados, os Coordenadores Regionais dos Juizados Especiais Federais preencherão a tabela do Anexo V e a enviarão anualmente, até o último dia útil do mês de março, ao Coordenador-Geral da Justiça Federal, para subsidiar a previsão orçamentária de exercícios seguintes.

Art. 15. Caberá à Coordenação-Geral da Justiça Federal e às Corregedorias dos Tribunais acompanhar o cumprimento desta Resolução no âmbito de suas competências.

Art. 16. Ficam revogadas as Resoluções ns. 440, de 30 de maio de 2005, e 481, de 23 de novembro de 2005.

Art. 17. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Presidente do Tribunal que, caso atendidas as instruções operacionais ali estabelecidas, serão pagas mediante depósito na conta judicial, cabendo ao juiz a sua liberação.

No Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, o Provimento nº 6, de 2005, alterado depois pelo Provimento nº 1, de 2009, ambos da Presidência e da Corregedoria Regional, criaram, dentro do orçamento do Tribunal, sob a rubrica “Assistência Jurídica a Pessoas Carentes”, uma conta destinada ao pagamento de honorários periciais nos casos específicos de processos em que a parte é beneficiária da justiça gratuita, que tenham transitado em julgado, que tenham fixação judicial de honorários periciais e que haja sucumbência da parte na pretensão relativa ao objeto da perícia. Com a criação do fundo de assistência, o Tribunal já pagou, desde 2005 até abril de 2010, um total de R\$ 3.715.461,90 (três milhões, setecentos e quinze mil, quatrocentos e sessenta e um reais e noventa centavos) a título de honorários periciais.

Ali também registrou-se a criação de um sistema *on-line* de requisições e pagamento de honorários periciais: paralelamente ao fundo de assistência, o TRT da 15ª Região desenvolveu um sistema *on-line* de requisições de honorários periciais. Essa ferramenta tem como objetivo o pagamento de honorários periciais diretamente na conta do *expert*. Destina-se a gerenciar, por meio eletrônico, todo o procedimento que envolve a requisição de honorários periciais. A ferramenta contempla quatro módulos, que se iniciam com o preenchimento da requisição pelo servidor da Vara do Trabalho, por determinação do juiz, diretamente no *site* do Tribunal. Enviado pelo magistrado, pedido ganha número de protocolo e passa a integrar a lista de requisições a serem pagas. De acordo com o orçamento disponível, gera-se um relatório de pagamento. Com a autorização do Presidente do TRT, a requisição recebe um número de lote e fica disponível para o Serviço de Execução Orçamentária (SEOF) fazer o pagamento. Uma vez efetuado, tanto o perito, quanto a Vara que possui processo envolvido no lote de pagamento recebem mensagem eletrônica acusando o depósito (dados disponíveis em: [www.jusbrasil.com.br/noticias/2169459/assistencia-juridica-a-pessoas-carentes](http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2169459/assistencia-juridica-a-pessoas-carentes), acesso em: 02/05/2011).

#### IV - CONCLUSÃO

A partir dos dados apresentados nos itens II e III deste trabalho, que compreendem base legal, jurisprudência, estudo comparado e atuação dos Procuradores do Estado, conclui-se que:

- (i) A responsabilidade pelos honorários periciais em casos de assistência judiciária gratuita, decorrente de preceitos constitucionais e pacificada pela doutrina e jurisprudência, gera para o Estado a necessidade de regulamentar o acesso do jurisdicionado e a forma como se dará o benefício, para evitar abusos e o desvirtuamento do instituto;
- (ii) A quase totalidade dos estados-membros já regulamentou a questão na seara administrativa, seja através da implementação da Resolução do CNJ pelos Tribunais Estaduais, seja por meio de cadastro público de peritos criado em parceria com o Tribunal, instituições públicas e privadas, seja através de convênios entre PGE's e TJ's, seja apenas no âmbito interno das PGE's;
- (iii) No Estado de Minas Gerais não foram implementadas regras para o pagamento dos honorários de perito.

Com base em tais conclusões, **opina-se** que sejam levados ao conhecimento da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão - SEPLAG e da Secretaria de Estado da Fazenda - SEF os problemas que vêm sendo enfrentados nesta Advocacia-Geral do Estado em decorrência da falta de implementação das recomendações contidas na Resolução CNJ nº 127, de 15 de março de 2011; solicitando-lhes que prestem o auxílio técnico e financeiro para implementação das recomendações contidas na referida Resolução. A exemplo do Estado de Santa Catarina acima relatado, pode-se firmar um convênio entre o Tribunal de Justiça de Minas Gerais e a Advocacia-Geral Mineira.

Na sequência, que seja solicitada à Presidência do TJMG a adoção de medidas para implementação da referida Resolução, inclusive com a inclusão de rubrica específica no orçamento do Tribunal para o pagamento dos honorários de perito em casos de justiça gratuita. Para além, que seja levado ao conhecimento da Presidência este Órgão, a título de sugestão na regulamentação da mencionada Resolução, a adoção das tabelas de honorários já utilizadas pela Justiça do Trabalho (Resolução CSJT nº 66/2010), Justiça Federal (Resolução CJF nº 558/2007) e pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Ato Presidencial TJRS nº 051/2009), que fixam parâmetros mais razoáveis e módicos, salientando-se, ainda, que são instrumentos úteis para a modificação da orientação das rotinas da Justiça Estadual no que concerne ao arbitramento de honorários periciais em *quantum* elevado.

É o nosso parecer, s.m.j.

*Ana Carolina Oliveira Gomes*  
*Procurador do Estado*

*Cristiane de Oliveira Elian*  
*Procuradora do Estado*

*Margarida Maria Pedersoli*  
*Procuradora do Estado*

*Ricardo Magalhães Soares*  
*Procurador do Estado*





## A FAZENDA PÚBLICA E A “EXECUÇÃO INVERTIDA”\*

### I - INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é analisar a possibilidade de implementação no âmbito da Advocacia-Geral do Estado de Minas Geras – AGE da sistemática denominada “execução invertida”.

Atualmente, após transitado em julgado a decisão e definido o direito do autor em receber valores do Estado, a AGE aguarda a iniciativa do credor em apresentar os cálculos das quantias devidas.

A sistemática da “execução invertida” consiste em alterar a iniciativa de apresentação dos cálculos dessas quantias.

A AGE, então, por meio de sua área técnica, passaria a apresentar esses cálculos, sem a necessidade de que o credor inicie a fase de execução. Havendo concordância do autor em relação aos cálculos apresentados, seguir-se-ia para a expedição da Requisição de Pequeno Valor (RPV).

Para iniciar este estudo, cumpre enfatizar que o Direito Processual, instrumental, deve se adequar às peculiaridades do direito material.

Assim, como corolário dos princípios e regras do direito público, dentre elas a legalidade, a presunção de legitimidade dos atos administrativos, a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos bens públicos, há a necessidade de previsão de tutelas diferenciadas para resguardar direitos específicos da Fazenda Pública.

Leonardo José Carneiro da Cunha<sup>241</sup> afirma que “a expressão *Fazenda Pública representa a personificação do Estado, abrangendo as pessoas de direito Público*” e abarcam a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações.

Importante reflexão se faz quanto às prerrogativas da Fazenda Pública e o princípio da igualdade.

O princípio da igualdade, imanente ao *due process of law*, insculpido no art. 5º, da Constituição da República, estabelece que todos são iguais perante a lei.

Todavia, este princípio não estabelece que o tratamento deve ser idêntico a todas as pessoas, razão pela qual, diante da conceituação aristotélica de igualdade, segundo a qual os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais desigualmente, as prerrogativas concedidas à Fazenda Pública estão em consonância com tal princípio.

---

\* Relatório do Grupo de Estudos aprovado pelo Advogado-Geral do Estado.

<sup>1</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.15

Por essa razão, quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência e a doutrina têm, diante da envergadura do direito que alberga, transigido concedendo-lhe prerrogativas em razão das dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas.

Desse modo, a Fazenda Pública ao atuar em juízo, no intuito de evitar condenações injustificáveis que repercutam em toda a coletividade, justifica o tratamento que lhe é conferido processualmente.

O Código de Processo Civil possui poucos dispositivos relacionados às pessoas jurídicas de direito público e a regulamentação das prerrogativas fazendárias vem, em grande parte, estabelecida em leis extravagantes.

Lado outro, as prerrogativas funcionais fazendárias não implicam que outras formas de atuação, principalmente em face do princípio da duração razoável do processo e da cooperação entre as partes no processo, sejam aprimoradas no âmbito estatal.

A mudança de postura, além apenas de alterações procedimentais implementadas por lei, objetivam a efetividade da aplicação do direito e é o ponto fulcral deste estudo.

Importante analisar, antes de adentrar ao cerne da questão, como ocorre a execução por quantia certa de título judicial contra a Fazenda Pública, para que se entenda o que vem a ser a denominada execução “invertida”.

## **II – A EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA EM TÍTULO JUDICIAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

Os bens públicos possuem como atributos a inalienabilidade e impenhorabilidade, características que impossibilitam o procedimento executório que se fundamente na responsabilidade patrimonial do ente público.

Diante dessa especialidade material, a execução contra a Fazenda Pública por quantia certa, fundada em título judicial, vem estabelecida de forma especial no art. 730 e 731, do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observarse-ão as seguintes regras: (Vide Lei nº 8.213, de 1991) (Vide Lei nº 9.494, de 1997) I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente; II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

Art. 731. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o sequestro da quantia necessária para satisfazer o débito.

Como se observa, ao final da execução, expede-se o precatório, em atendimento à regra do art. 100, da Constituição da República.

Conforme definição de *DE PLÁCIDO E SILVA*<sup>252</sup>, o precatório consiste na “*carta*

---

<sup>2</sup> Vocabulário Jurídico. v.3, 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. Nelson Nery Jr.: “[...]Todo crédito contra a fazenda pública, oriundo de decisão judicial, deve ser incluído nos precatórios, de sorte a fazer parte do orçamento”. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1994. 878p.

*expedida pelos juízes da execução de sentenças, em que a Fazenda Pública foi condenada a certo pagamento, ao presidente do Tribunal, a fim de que, por seu intermédio, se autorizem e se expeçam as necessárias ordens de pagamento às respectivas repartições pagadoras”.*

Importante ressaltar que o advento da Lei 11.232/2005, que trouxe o sincretismo processual como regra geral nas execuções por quantia certa, não atingiu a Fazenda Pública, cuja execução continua a ser autônoma justamente pela forma constitucionalmente estabelecida para quitar as obrigações fazendárias.

Observa-se, desse modo, que para satisfação do credor nas execuções contra a Fazenda Pública a regra é a instauração de um processo de execução, que culminará com a expedição do precatório.

No que tange ainda à execução contra a Fazenda Pública não se pode deixar de se mencionar a disposição do art.100, parágrafo 3º, da Constituição da República, que excetua o pagamento por meio de precatório:

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

A execução por RPV (requisitório de pequeno valor), cujo processo executivo é diferenciado, estabelece que transitado em julgado a sentença, caberá ao juízo da condenação requisitar ao condenado o pagamento do valor da condenação no prazo de 60 dias. Não atendida à requisição judicial, o juiz determinará o sequestro da quantia devida.

As Leis ordinárias nº 10.099/005 e 10.259/01, no plano infraconstitucional, conferiram plena eficácia ao dispositivo constitucional (Art. 100, §3º) definindo, assim, os limites do “pequeno valor” e o prazo para pagamento.

### **III – DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO, DA COOPERAÇÃO E O ESTÍMULO A SUA DISSEMINAÇÃO NO ÂMBITO DA FAZENDA PÚBLICA**

O “tempo” é de grande importância nos dias atuais, principalmente diante da dinamicidade da vida e da necessidade de o Direito acompanhá-la.

Na busca de efetivar a razoável durabilidade do processo, a Emenda Constitucional 45/2004 ampliou os direitos e garantias fundamentais positivando o princípio fundamental da duração do processo, assegurando-o no âmbito judicial e administrativo.

Essa garantia já estava prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), contudo, como bem observa Grinover<sup>3</sup>, “*esses meios devem ser inquestionavelmente oferecidos pelas leis processuais, de modo que a reforma infraconstitucional fica umbilicalmente ligada à Constitucional, derivando de ordem expressa da Emenda Constitucional.*”

---

<sup>3</sup> Ada Pellegrini Grinover, A necessária reforma infraconstitucional, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesus Lora Alarcón (Coord.), *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2005, p. 501

Vários institutos foram modificados objetivando proporcionar agilidade no trâmite dos processos, principalmente no Processo Civil, tais como a improcedência *prima facie*, as alterações das regras dos agravos, a execução sincrética etc.

Todavia, não apenas no âmbito normativo, como acima disposto, há necessidade de mudanças, mas também na interpretação das normas e na postura adotada pelas partes no processo.

A Corte Europeia dos Direitos do Homem firmou entendimento de que a duração razoável do processo envolve três critérios<sup>4</sup>;

- 1) A complexidade do assunto;
- 2) O comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo;
- 3) A atuação do órgão jurisdicional.

Destaca-se no âmbito processual atualmente o princípio da cooperação, cujas bases são o devido processo legal, o princípio da boa-fé processual e o do contraditório.

O diálogo processual e a busca de comportamentos leais entre as partes deve ser um busca incansável aos operadores do Direito.

Nesse diapasão, propício é o estudo pela Fazenda Pública de formas de viabilizar a concreção do direito por meio da cooperação entre as partes, em busca da efetivação do princípio constitucional da duração razoável do processo, com enfoque no comportamento dos litigantes e de seus procuradores.

Assim, constata-se que, se por um lado, Fazenda Pública apresenta a necessidade imanente de possuir prerrogativas processuais, lado outro, quando possuir melhores condições de suportar o ônus, deve antecipar-se cooperativamente.

Esse, à princípio, o principal escopo da utilização da “execução invertida” nas execuções contra a Fazenda Pública.

#### **IV – A EXECUÇÃO INVERTIDA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

##### **4.1. Da possibilidade jurídica de utilização do procedimento da execução invertida pela Fazenda Pública, diante da revogação dos arts. 570, 604 e 605 do Código de Processo Civil pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro 2005**

A execução invertida consiste na iniciativa da Fazenda Pública, depois de transitada em julgado a decisão que a condena a pagar valores ao autor e exaurida a função jurisdicional no processo de conhecimento, de apresentar os cálculos das quantias devidas, elaborados pelo seu corpo de peritos, ao invés de aguardar uma ação por parte do beneficiário para receber esse valor.

O devedor, no caso o Estado, se antecipa à obrigação legal da parte credora, que

---

<sup>4</sup> DIDIER JR., Fredie. *Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 15.ed. JusPodivm, p. 68.  
154

é a de iniciar o processo de execução, optando por cumprir com sua obrigação espontaneamente.

De acordo com os ensinamentos de ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL<sup>5</sup>, publicados no artigo “*O sistema da liquidação de sentença instituído pela Lei nº 11.232/05*”, é da nossa tradição processual a outorga de legitimidade para requerer a execução, ou a liquidação, tanto ao credor quanto ao devedor.

Entretanto, essa tradição se restringe às execuções ou liquidações de títulos judiciais, excluída a sua aplicabilidade aos títulos extrajudiciais, cujos devedores devem socorrer-se da ação de consignação em pagamento (CPC, 890), de maior amplitude cognitiva, se quiserem livrar-se do débito.

A regra do cabimento da execução invertida apenas para os títulos judiciais é proveniente dos artigos 570, 604 e 605, do Código de Processo Civil, abaixo transcritos, revogados pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro 2005, onde estava expressamente previsto o procedimento a ser adotado quando o devedor optasse pela iniciativa do pagamento do valor decorrente de condenação judicial:

**Art. 570 – O devedor pode requerer ao juiz que mande citar o credor a receber em juízo o que lhe cabe conforme o título executivo judicial, neste caso o devedor assume, no processo, posição idêntica a do exequente.** (Revogado pela Lei nº 11.232, de 2005) (destacamos)

**Art. 604. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor procederá à sua execução na forma do art. 652 e seguintes, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.** (Redação dada pela Lei nº 8.898, de 29.6.1994) (Revogado pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 1º Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até 30 (trinta) dias para o cumprimento da diligência; se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor e a resistência do terceiro será considerada desobediência. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002) (Revogado pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 2º Poderá o juiz, antes de determinar a citação, valer-se do contador do juízo quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária. Se o credor não concordar com esse demonstrativo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002) (Revogado pela Lei nº 11.232, de 2005) (destacamos)

**Art. 605. Para os fins do art. 570, poderá o devedor proceder ao cálculo na forma do artigo anterior, depositando, de imediato, o valor apurado** (Redação dada pela Lei nº 8.898, de 29.6.1994) (Revogado pela Lei nº 11.232, de 2005)

Parágrafo único. Do mandado executivo constará, além do cálculo, a sentença. (Revogado pela Lei nº 11.232, de 2005) (destacamos)

Portanto, na vigência dos referidos dispositivos legais, havia previsão expressa da possibilidade de o devedor requerer ao juiz que mandasse citar o credor para receber em juízo a quantia que lhe era devida, em decorrência do título executivo judicial. Para tanto, aquele

<sup>5</sup> Fonte: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/31348-35142-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2013

deveria instruir o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo aritmético, e depositar, de imediato, o valor apurado.

Os arts. 570 e 605 do Código de Processo Civil referiam-se, como se observa da transcrição acima, à execução invertida de sentença líquida (art. 570, *caput*) ou ilíquida, cuja definição do valor do débito dependesse apenas de cálculo aritmético. Esta última, portanto, consistia na liquidação por cálculos (arts. 604 e 605).

Embora possível a admissão, por analogia, da liquidação por iniciativa do devedor nas hipóteses de arbitramento (quando necessária a nomeação de um perito para, mediante seu trabalho, chegar-se ao valor devido) ou de liquidação por artigos (quando necessária a alegação e prova de fato novo para se determinar o valor da condenação), este estudo se restringirá às hipóteses de liquidação por cálculos, as quais abarcam as situações de interesse da Fazenda Pública em adotar a execução invertida.

A faculdade de utilização do procedimento da execução invertida pela Fazenda Pública, na vigência dos mencionados dispositivos legais (anteriormente à Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005), era pacífica na jurisprudência, conforme se observa dos excertos abaixo selecionados:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. **EXECUÇÃO INVERTIDA PROPOSTA PELA FAZENDA PÚBLICA**. DEPÓSITO PRÉVIO. DESNECESSIDADE.

1. **O artigo 570 do Código de Processo Civil atribui ao devedor a faculdade de iniciar o processo de execução - qualquer que seja a espécie -, a fim de que se exonere de sua obrigação.**

2. A Fazenda Pública, quando devedora, está dispensada do depósito prévio previsto no artigo 605 do Código de Processo Civil, desde que sujeita ao regime de precatórios.

3. Precedentes da Quinta Turma.

4. Recurso especial provido.

(STJ - REsp 356002 / SC – Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO – DJ DJ 13/12/2004)

PROCESSUAL CIVIL. **EXECUÇÃO INVERTIDA**. CPC, ARTIGO 570. INSS. DESNECESSIDADE DE DEPÓSITO IMEDIATO (ART. 605, DO CPC). PAGAMENTO POR PRECATÓRIO.

I – **Não há impedimento legal de a Fazenda Pública, incluídas aí as autarquias, utilizar-se da faculdade da execução invertida do art. 570, do CPC.**

– Tendo em vista a obrigatoriedade do pagamento das dívidas judiciais por precatório, não pode ser exigido o depósito imediato previsto no art. 605, do CPC. Precedente.

II – Recurso conhecido e provido.(STJ - REsp 308851 / MG - Ministro GILSON

DIPP – DJ 19/02/2002). (destacamos)

Na medida em que os arts. 570 e 605 do CPC foram expressamente revogados pela Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro 2005, é natural que se questione sobre a possibilidade jurídica de continuidade de adoção do procedimento da execução invertida.

Cotejando-se os mandamentos do revogado art. 570 com o vigente art. 475-J, inserido dentro do Capítulo X, Do Cumprimento da Sentença, do Código de Processo Civil (incluído pela Lei n.º 11.232, de 2005), é possível perceber a razão da incompatibilidade da vigência conjunta dos dispositivos legais. O art. 475-J assim dispõe:

Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 2º Caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) § 3º O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) §

5º Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

Portanto, no atual sistema em vigor, a obrigação do devedor de realizar o pagamento

surge no mesmo processo, após o trânsito em julgado da sentença, com a sua intimação. Note-se que até este momento processual o devedor é chamado para cumprir o julgado e efetuar o pagamento da quantia devida, por ato de ofício do juiz da causa, em decorrência do impulso oficial prescrito no art. 262 do CPC, sem que seja necessário impulso do credor.

Apenas se no prazo de 15 (quinze) dias a contar da intimação, na pessoa de seu

advogado, o devedor não cumprir voluntariamente a sentença, caso em que sofrerá a penalidade de multa de 10% (dez por cento) sobre o montante da condenação, é que poderá ter início a participação do credor. Nesta hipótese, deverá haver requerimento do credor exequente, que, na verdade, equivalerá à petição inicial, para dar início à prática dos atos de execução.

Assim, se a nova sistemática processual conferiu à parte condenada à obrigação de pagar quantia em dinheiro a oportunidade de cumprimento voluntário desta, nos mesmos autos da ação de conhecimento, com prazo previamente estabelecido, em tese conclui-se que não haveria mais a necessidade de o devedor requerer ao juiz a citação do credor para receber em juízo o que lhe cabe, conforme previa o art. 570.

ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL, no texto acima citado, conclui a este respeito:

A razão da revogação deste dispositivo deveu-se ao fato de não mais haver processo de execução aparelhado com sentença cível. Note-se não ser possível afirmar-se que não mais existe ação de execução sempre que o título executivo for judicial, pois alguns dos títulos mencionados no artigo 475-N ainda requerem processo, tais como: a sentença penal, a sentença arbitral e a sentença estrangeira.

Por outro lado, pode-se sim concluir, sem receio, que não há mais processo de execução quando o título executivo for sentença cível.

Contudo, se a condenação por quantia certa for imposta à Fazenda Pública, o rito processual incidente é o específico, previsto nos arts. 730 e 731, e neles não há previsão para que aquela seja chamada a cumprir o julgado e efetuar o pagamento voluntariamente. Ao

contrário, permanece aqui a necessidade do impulso do credor para instaurar nova relação processual autônoma, a ação de execução, para cobrar da Fazenda Pública o que lhe é devido.

Desta forma, havendo interesse da Fazenda Pública em pagar voluntariamente a obrigação a que foi condenada por sentença, seja porque quer livrar-se antecipadamente do débito, seja pela vantajosidade deste procedimento, a revogação dos arts. 570, 604 e 605 do Código de Processo Civil constituiria óbice para tanto?

Como visto, a jurisprudência reconhecia a faculdade de utilização do procedimento da execução invertida pela Fazenda Pública, na vigência dos arts. 570, 604 e 605 do Código de Processo Civil, ainda que este procedimento não fosse previsto no rito específico da execução contra a Fazenda Pública, mas no processo geral de execução.

Após a vigência da Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005, com a revogação dos mencionados dispositivos legais, a jurisprudência manteve o reconhecimento da possibilidade da interposição da execução invertida pela Fazenda Pública. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA EXECUÇÃO. INICIATIVA DO DEVEDOR. MERA CONCORDÂNCIA DO CREDOR. Não são devidos honorários advocatícios na execução quando quem toma a iniciativa de liquidar é o próprio devedor, restringindo-se a atividade do credor à mera concordância com a memória de cálculo apresentada. (TRF-4 - APELAÇÃO CIVEL AC 9999 SC 0019385-72.2011.404.9999 – Data de publicação: 25/01/2012)

AGRAVO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA EXECUÇÃO. INICIATIVA DO DEVEDOR. MERA CONCORDÂNCIA DO CREDOR. Não são devidos honorários advocatícios na execução quando quem toma a iniciativa de liquidar é o próprio devedor, restringindo-se a atividade do credor à mera concordância com a memória de cálculo apresentada. (TRF-4 - AGRAVO DE INSTRUMENTO AG 0 RS 0036534-42.2010.404.0000 Data de publicação: 01/03/2011)

AGRAVO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA EXECUÇÃO. INICIATIVA DO DEVEDOR. MERA CONCORDÂNCIA DO CREDOR. Não são devidos honorários advocatícios na execução quando quem toma a iniciativa de liquidar é o próprio devedor, restringindo-se a atividade do credor à mera concordância com a memória de cálculo apresentada. (TRF-4 - AGRAVO DE INSTRUMENTO AG 0 PR 0035025-76.2010.404.0000 Data de publicação: 16/02/2011)

PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. INICIATIVA DO DEVEDOR. CONCORDÂNCIA DO CREDOR. NÃO CABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Segundo o entendimento sufragado pelo STF: a) são devidos honorários advocatícios nas execuções propostas contra a Fazenda Pública, de qualquer valor, iniciadas antes da edição da MP n. 2.180-35/2001, mesmo quando não opostos embargos; b) são devidos honorários nas execuções contra a Fazenda Pública, ainda que não embargadas e iniciadas após a edição da MP n. 2.180-35/2001, nos casos em que o pagamento deva ser feito via requisição de pequeno valor (débitos inferiores a sessenta salários mínimos); c) não são devidos honorários nas execuções propostas contra a Fazenda Pública, quando não embargadas e iniciadas posteriormente à edição da MP n. 2.180-35/2001, nos casos em que o pagamento deva ser feito via precatório (débitos superiores a sessenta salários mínimos). 2. Todavia, não são devidos honorários advocatícios na execução quando é o devedor quem toma a iniciativa de liquidar, havendo mera concordância do



credor com os cálculos apresentados. Precedentes da Corte. (TRF-4 - APELAÇÃO CIVEL AC 6024 RS 2005.71.04.006024-1 Data de publicação: 29/06/2009)

No mesmo sentido os seguintes julgados: (1) TRF-4 – Agravo de Instrumento AG 0 RS 0023483-61.2010.404.0000 - Data de publicação: 16/09/2010; (2) TRF-4 - Agravo de Instrumento AG 0 RS 0013822-58.2010.404.0000 - Data de publicação: 23/07/2010; (3) TRF-4 - Agravo de Instrumento AG 14512 RS 2009.04.00.014512-1 - Data de publicação: 08/03/2010; (4) TRF-3 – Apelação Cível AC 71378 SP 2000.03.99.071378-5 - Data de publicação: 03/12/2007.

O reconhecimento da possibilidade da interposição da execução invertida pela Fazenda Pública, mesmo após a revogação do art. 570 do CPC, está em consonância com o princípio de Direito Civil, pelo qual o devedor tem o direito de exonerar-se de seu débito.

O art. 304 do Código Civil (Título III – Do Adimplemento e Extinção das Obrigações, Capítulo I – Do Pagamento, Seção I – De Quem Deve Pagar) dispõe que qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor.

CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD<sup>6</sup>, explicam que o pagamento não pode ser visto apenas como uma obrigação do devedor, mas um direito subjetivo de exoneração do débito, sendo garantido pelo ordenamento jurídico, através de medidas hábeis a compelir o credor ao recebimento pontual.

A execução invertida difere das hipóteses de interposição de ação de consignação em pagamento, em que a dificuldade de pagar decorre da mora do credor em receber (art. 335, incisos I e II do Código Civil), ou por outras razões, mas sempre relacionadas à pessoa do credor (incisos III, IV e V).

Ao revés, a Fazenda Pública pretende o célere cumprimento de suas obrigações de pagamento de quantia certa, decorrente de decisão transitada em julgado, em função de inconvenientes provenientes do rito comum de execução e que podem, em grande parte, ser solucionados pela adoção da execução invertida.

NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY<sup>7</sup>, lecionam sobre o dever da parte condenada de cumprir o julgado, em função do princípio da lealdade:

Transitada em julgado a sentença, o princípio da lealdade processual traz como consequência o dever de a parte condenada à obrigação de pagar quantia em dinheiro cumprir o julgado, depositando a quantia correspondente ao valor constante do título executivo judicial, sem opor obstáculos à satisfação do direito do credor, vitorioso em ação de conhecimento em virtude de sentença transitada em julgado. Esse dever decorre do CPC 14 II e V.

Sob esse ponto de vista, é possível concluir que não há outra forma para o cumprimento voluntário do julgado pela Fazenda Pública a não ser pela execução invertida, nos autos do processo de conhecimento. De acordo com as regras legais em vigor, aquela não poderia fazê-lo diretamente ao credor, mas apenas pelos sistemas de requisição de pequeno valor ou precatório, os quais envolvem a judicialização do pagamento.

<sup>6</sup> *Direito das Obrigações*. Ed. Lumen Juris, 5. Ed. p. 414.

<sup>7</sup> *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 11. ed. Editora Revista dos Tribunais.

Por estas razões, conclui-se pela possibilidade jurídica de utilização do procedimento da execução invertida pela Fazenda Pública, mesmo após a revogação dos arts. 570, 604 e 605 do Código de Processo Civil, pela Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro 2005.

#### 4.2 – DO PROCEDIMENTO DA EXECUÇÃO INVERTIDA

Embora revogados os arts. 570, 604 e 605 do CPC, transcritos no item 5.1, que dispunham expressamente sobre o procedimento a ser adotado quando o devedor, inclusive a Fazenda Pública, pretendesse iniciar o processo de pagamento de quantia certa decorrente de condenação judicial, os atos lá contidos devem continuar servindo de inspiração ao procedimento a ser observado.

Inexistindo previsão legal vigente que disponha sobre o procedimento correspondente, mas tendo-se concluído pela possibilidade de interposição da execução invertida pela Fazenda Pública, a adoção das regras ali constantes, mesmo que sem o rigor anterior, é adequada à finalidade pretendida e não infringe o sistema processual como um todo.

Destarte, pretendendo livrar-se do débito, a Fazenda Pública deverá requerer ao juiz que mande citar o credor a receber em juízo o que lhe cabe, conforme o título executivo judicial, assumindo, no processo, posição idêntica a do exequente. Para tanto, deverá proceder ao cálculo aritmético e instruir o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.

Posteriormente, o credor será intimado para manifestar-se quanto ao cálculo apresentado pela Fazenda Pública. Se concordar, serão realizados os procedimentos para pagamento, dependendo do valor do débito, mediante requisitório de pequeno valor ou precatório.

Na hipótese de pagamento por intermédio de requisitório de pequeno valor, o procedimento será concluído e o credor satisfeito.

Contudo, se o valor do débito exigir que o pagamento ocorra por precatório, o procedimento continuará nos termos do art. 730 do CPC, por ser a citação de rigor.

Discordando o credor com o valor apresentado pela Fazenda Pública, poderá prosseguir com o rito normal de execução, apresentando os seus próprios cálculos.

O procedimento, passo-a-passo, da execução invertida será visto detalhadamente no item 4.2.2, quando da exposição da sistemática de trabalho adotada pela Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL, no texto supra citado, sugere a aplicação do seguinte procedimento:

E o procedimento a ser seguido pelo devedor está a depender da espécie de liquidação. Iniciemos com a liquidação por cálculos. Vimos acima que a lei nº 8.898/94 alterou o artigo 605 do CPC e nele tratou da execução invertida a ser postulada pelo devedor, que, por sua vez, pressupõe a atualização através de memória discriminada da dívida. Contudo, a lei nº 11.232/05 revogou tal artigo. Mas as regras dele constantes (CPC, 605) devem servir de inspiração ao novo procedimento a ser observado, isto é: o **devedor que quer livrar-se da dívida há de proceder com a provocação do juiz através de petição inicial obediente aos**

**preceitos do artigo 614; como esta espécie de liquidação possui natureza jurídica de ato processual, o devedor deve anexar à sua petição a planilha de cálculos discriminada;** a falta da anexação da memória discriminada não acarreta a extinção imediata, mas a concessão de prazo de dez dias para emenda (CPC, 475-R c/c 616); não suprida a falha, deve o juiz indeferir o requerimento, e tal decisão desafia recurso de agravo de instrumento (475-H); se o devedor não estiver de posse dos dados necessários ao cálculo, pode servir-se do requerimento de requisição previsto no CPC, 475-B, § 1o, pois não se pode obstar o exercício do direito de quitação assegurado em norma civil material (CC, 336 [130]); sanado o problema ou vindo a petição inicial em ordem, o devedor depositará de imediato o valor concebido como devido e requererá a intimação do credor para se manifestar no prazo de quinze dias, em obséquio à regra do CPC, 475-J, aqui invocada por analogia; o credor devidamente intimado, na pessoa do seu advogado, pode [131]: 01o- concordar com o valor depositado, devendo neste caso o juiz proferir sentença de extinção do processo (CPC, 794, I [132]); 02o- discordar do valor, caso em que deve apresentar defesa através do instrumento da impugnação, podendo levantar a quantia depositada, pois que incontroversa; não obstante, o credor pode requerer de imediato a execução do valor restante, pois a propositura de qualquer demanda relativa ao débito constante de título executivo não o inibe de promover a execução (CPC, 585, § 1o c/c 475-R), ou seja, não precisa esperar o julgamento da impugnação ou de eventual recurso interposto contra a decisão que a julgar [133]; esta decisão (que julga a impugnação) há de ser impugnada por agravo de instrumento a ser recebido sem efeito suspensivo; ao requerer a execução, o credor deve elaborar planilha de cálculos e pedir a intimação do devedor – na pessoa do seu advogado - para depositar o restante, a complementação do valor devido, no prazo de quinze dias, sob pena de pagar multa de 10% [134], sob pena de penhora de tantos bens quantos bastem para a satisfação do crédito restante. A partir daí, segue-se o procedimento normal da execução por quantia certa.

É deveras importante reprisar o seguinte: a regra da intimação do credor – através de seu advogado – somente é cabível quando o título executivo for sentença cível, inclusive as homologatórias (CPC, 475-N, I, III, V e VII), porque a liquidação ocorrerá nos âmbito de relação processual preexistente. Em se tratando de sentença penal condenatória transitada em julgado, sentença estrangeira ou arbitral, a liquidação requererá a instauração de processo civil distinto. Assim, nesses casos a angularização se dará por citação [135]. (destacamos)

Nota-se que a sugestão não considera a hipótese de o devedor ser a Fazenda Pública. Assim, o antigo procedimento da execução invertida, expresso nos revogados arts. 570, 604 e 605 do CPC, deve sim ser adotado, contudo, com as devidas adaptações. Não se mostra compatível a obrigatoriedade de depósito imediato do valor tido como devido, já que por força de dispositivo constitucional o pagamento do título executivo judicial pela Fazenda Pública é sempre feito mediante precatório ou requisição de pequeno valor. Abaixo, a jurisprudência pertinente:

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXECUÇÃO INVERTIDA. DEPÓSITO PRÉVIO. DESNECESSIDADE. REGIME DE PRECATÓRIO. ART. 515 § 3º, DO CPC. INCORPORAÇÃO DE EXPURGOS NA RENDA MENSAL. ART. 58 DO ADCT. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE. ERRO MATERIAL. ITEM INEXEQUÍVEL. APELAÇÃO PROVIDA. EMBARGOS JULGADOS IMPROCEDENTES. - Na execução inversa proposta pela Fazenda Pública, nos termos da redação revogada do art. 570 do CPC, desnecessário o depósito prévio do valor tido como devido, pois caso contrário haveria burla ao regime do precatório, estampado no art. 100 da Constituição Federal. - É juridicamente impossível a incorporação dos índices expurgados da inflação na renda mensal, por contrariar o ordenamento jurídico, notadamente o sistema previsto na lei para a revisão da renda mensal. - Sobre os efeitos da coisa julgada, prevalece a necessidade de respeito à moralidade administrativa (art. 37, caput, da Constituição Federal) princípio que sobrepassa todo o ordenamento jurídico e dá suporte ideológico ao

entendimento que obstaculiza o recebimento de valores indevidos da previdência social, custeada por contribuições de toda a sociedade. - No presente caso, o erro material decorre das seguintes situações: a) ilegalidade da incorporação dos índices expurgados na renda; b) impossibilidade de convivência da incorporação requerida com o art. 58 do ADCT, por gerar bis in idem. - Precedentes desta e. 7ª Turma. - Presença de enorme excesso de execução (art. 741, V c/c 743, do Código de Processo Civil). - Tanto na Justiça Federal quanto na Estadual, não incidem custas processuais nos embargos à execução, seja com relação à autarquia ou à pessoa física (artigo 6º, inciso VI, da Lei 4.952/85, e artigos 1º, § 1º, e 7º da Lei 9.289/96). - Apelação do INSS provida. - Embargos à execução opostos pela autora julgados improcedentes, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC. (TRF-3 - APELAÇÃO CÍVEL AC 71378 SP 2000.03.99.071378-5 - Data de publicação: 03/12/2007)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL. INICIATIVA DO DEVEDOR (INSS). CPC, ART. 570. DESNECESSIDADE DE DEPÓSITO PRÉVIO. PRECATÓRIO. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. **O INSS pode promover, na condição de devedor, a denominada execução invertida (art. 570, CPC) independentemente de depósito prévio, já que por força de dispositivo constitucional o pagamento do título executivo judicial é sempre feito mediante precatório ou requisição de pequeno valor (CPC, art. 604 e 605).** Precedentes deste Tribunal. Agravo de instrumento provido. (nº 2000.01.00.023170-0 de Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2ª Turma Suplementar, 18 de Maio de 2005) (destacamos)

Dentre os aspectos estimuladores da adoção do procedimento da execução invertida está o fato de que, muitas vezes, o autor não executa corretamente os cálculos de seu crédito, em razão da dificuldade de levantar com rigor matemático todos os elementos necessários, com a aplicação dos índices normativamente fixados.

Isto leva à inevitável interposição de embargos do devedor pela Fazenda Pública e ao atraso do pagamento do valor devido. Assim, pode ser mais vantajoso que esta, utilizando-se dos recursos de que dispõe, efetue os cálculos e apresente-os ao credor.

MARCO AURÉLIO LEITE DA SILVA<sup>9</sup>, ao escrever sobre “A Execução Invertida nas Ações Previdenciárias”, expôs sua experiência em relação a esta questão como Analista Judiciário da Justiça Federal:

Quase sempre o segurado oferta um cálculo que diverge daquele que a Dataprev, por meio de seus bancos de dados e programas bem elaborados, rapidamente procede a um comando do operador do sistema. **Eis que o INSS inevitavelmente embarga essas execuções e com razão. Os embargos tornaram-se uma fase comum da execução para o acertamento da conta, fugindo de seu caráter excepcional, alinhavada na vida processual-executória como ação incidental.**

Claro que esse procedimento importa em uma excessiva morosidade além da não rara interposição de apelações da sentença dos embargos. De fato, o segurado muitas vezes não se conforma em ver o acolhimento da conta do INSS em detrimento da sua, buscando o socorro da Corte com um recurso que, tanto quanto inviável, causa grande demora na satisfação do crédito.

Esse o quadro que levou à adoção da execução invertida nas ações previdenciárias. Muito mais prático que o juiz determine que o INSS, tão-logo tenha-se o trânsito em julgado da decisão de mérito, apresente a conta de liquidação. Como já destacado, o INSS tem em sua estrutura plenas condições de bem elaborar o cálculo com todos os elementos que retira de seus bancos de dados. Vinda a conta aos autos, o autor manifesta-se. Se achar que o INSS não ofertou conta adequada, deve, no prazo dessa manifestação, trazer seus cálculos. Importante destacar que é bem raro o segurado inconformar-se com a conta do INSS, mas, se for esse o caso, o juiz poderá, ante a

---

<sup>9</sup> Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=1435](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1435)>. Acesso: 12 nov. 2013.

nova conta, retomar o rito original mandando citar o INSS com essa pretensão executória. Claro que os embargos serão inevitáveis.

(...)

Um aspecto merece nota aqui. Não se pense que essa atuação dos Procuradores Federais importa em privilégio para os segurados. Muito pelo contrário, estamos falando de processos em que houve a procedência do pedido em favor do segurado, gerando, por isso, um crédito de atrasados. Quanto mais cedo findar a execução e a requisição do pagamento ocorrer, tanto menos juros de mora o Ente Público pagará. (destacamos)

Ressalta, ainda, que o credor não fica refém da Fazenda Pública na elaboração da conta de liquidação. Isto porque, além do cálculo apresentado estar de acordo na imensa maioria das vezes, caso o credor concorde com um valor que, ao juiz, sob seu prudente critério, pareça insuficiente, restará sempre o auxílio do contador judicial para a verificação final.

Sendo o cálculo oriundo da Fazenda Pública, defende que sequer a citação com base no art. 730 do CPC se cogita para a continuidade da execução, já que, por questão de lógica processual, aquela não tem interesse em embargar os seus próprios cálculos.

Por fim, é de suma importância ressaltar aspecto abordado pelo referido autor, relacionado com a vida prática na execução invertida: só haverá ganho de tempo se houver uma integração dos trabalhos da Secretaria Judiciária com a Procuradoria representativa da Fazenda Pública. Para ilustrar a questão, aduz:

De nada adiantará determinar-se que o INSS apresente os cálculos iniciais se os processos não forem retirados para esse fim, permanecendo em grandes blocos de escaninhos no aguardo de carga. De efeito, o INSS, através de seus Procuradores, deverá periodicamente retirar esses processos para os devidos fins, sob pena de desvirtuar-se esse procedimento invertido e torná-lo até mais lento do que o rito original.

Mesmo depois que a conta tenha sido ofertada, à Secretaria Judiciária cumpre intimar o segurado para se manifestar nos autos se concorda com os cálculos. Se houver demora na publicação desse comando, também aí ter-se-á ponto de ruptura da celeridade.

Outro enfoque a ser dado à questão refere-se ao pagamento ou não de honorários advocatícios quando realizada a sistemática da “execução invertida”.

A medida provisória - MP 2180-35/2001, acresceu à Lei 9.494/97 o art. 1º, alínea “D”.

Art. 1º-D. Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas."

O Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade do referido dispositivo no RE 420816, dando interpretação conforme para reduzir sua aplicabilidade apenas às execuções por quantia certa que seguem o rito procedimental dos precatórios, excluindo a sua aplicação ao regime de Requisição de Pequeno Valor (RPV).

Desse modo, nas execuções de pequeno valor (RPV), ainda que não embargadas pela Fazenda Pública, os honorários advocatícios serão devidos.

Esse entendimento é consolidado no Supremo Tribunal Federal como regra para todos os julgamentos.

No Superior Tribunal de Justiça o entendimento ainda prevalece (RECURSO ESPECIAL Nº 1.381.796 - RS RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO publicação 07/08/2013):

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1o.-A do CPC, dá-se provimento ao Recurso Especial para reconhecer a possibilidade de fixação de honorários advocatícios na Execução, ainda que não embargada, atentando-se para que a soma das duas verbas, no caso de oposição e rejeição dos Embargos, não ultrapasse o teto máximo (20%) previsto no art. 20, § 3o. do CPC, determinando o retorno dos autos ao juízo executante, para que sejam fixados os pleiteados honorários advocatícios nos autos da Execução em apreço.

Contudo, em que pese os Tribunais Superiores assim se posicionarem, o TRF da 4ª Região vem analisando a questão sobre outro enfoque, qual seja, de que a execução invertida configura um pagamento espontâneo, logo, não há que se falar em pagamento de honorários na execução em que a sistemática é utilizada.

Vejamos a decisão do AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0006449-05.2012.404.0000/SC, da relatoria Des. Federal JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA:

Assim, entendo não ser cabível a condenação da autarquia ao pagamento de honorários advocatícios, uma vez que sua iniciativa equivale ao cumprimento espontâneo da obrigação, não tendo sido demandado, de outra parte, maior esforço do advogado do autor para fazer valer o direito de seu cliente.

Nesse sentido, colacionamos os seguintes precedentes:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA EXECUÇÃO. INICIATIVA DO DEVEDOR. MERA CONCORDÂNCIA DO CREDOR. Não são devidos honorários advocatícios na execução quando quem toma a iniciativa de liquidar é o próprio devedor, restringindo-se a atividade do credor à mera concordância com a memória de cálculo apresentada. (TRF4, AG 2008.04.00.014895-6, Quinta Turma, Relator Rômulo Pizzolatti, D.E. 17/11/2008)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. ARQUIVAMENTO COM BAIXA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR INFERIOR A SESENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. PAGAMENTO ESPONTÂNEO. 1. No caso em exame, o próprio Juiz, ao apreciar os embargos e o agravo retido, afirmou a desnecessidade de sentença, dizendo que o caso seria de mera baixa uma vez que em rigor sequer processo de execução haveria. Diante de tal quadro, deve ser conhecido o agravo, pelas peculiaridades do caso em apreço.

2. Na hipótese a incidência de honorários não se justifica, ainda que o valor do débito seja inferior a sessenta salários mínimos, uma vez que o próprio devedor compareceu aos autos para informar que estava providenciando a revisão da renda mensal do benefício do segurado, nos termos do título judicial. 3. Se o devedor espontaneamente comparece nos autos para reconhecer seu débito, não há razão para que incidam honorários de execução, os quais pressupõe omissão de sua parte e, mais do que isso, necessidade de propositura de execução por parte do credor. (TRF4, AG 2006.04.00.033242-4, Turma Suplementar, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 14/03/2007)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA "POR INICIATIVA DO OBRIGADO" (ART.570/CPC). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. - Não há falar em fixação de honorários advocatícios no processo de execução, quando in casu sequer existiu, pois a obrigação constante do título judicial foi espontaneamente cumprida pelo devedor, em que pese o pedido de citação da parte credora. Não houve, pois, resistência de sua parte, fato este que seria

o gerador da incidência do princípio da causalidade, segundo o qual deve responder pelos ônus processuais aquele que der causa ao ajuizamento da demanda. (TRF4, AG 2003.04.01.035386-1, Quinta Turma, Relator Celso Kipper, DJ 23/06/2004)

Em artigo intitulado “Da Condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios em execuções com cumprimento espontâneo do julgado - Uma análise jurisprudencial sob a ótica do "distinguishing"<sup>10</sup>”, NÍCOLAS FRANCESCO CALHEIROS DE LIMA, Procurador Federal, desconstrói a aplicação imediata e sem maiores reflexões para o caso das execuções espontâneas do entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Segundo ele, o caso dos pagamento realizados espontaneamente, com a apresentação dos cálculos pela Fazenda Pública, é peculiar. Não há divergência de entendimento com a Corte. Não há, segundo seu entendimento, uma decisão judicial que represente exatamente o conteúdo de uma norma de interpretação refletida para o caso da execução invertida.

Em nossa opinião, trata-se de uma exceção oriunda da peculiaridade do caso concreto, o que não se contrapõe ao perfilhado pela Corte Suprema.

É que deve-se, no caso, consagrar a técnica interpretativa conhecida como *distinguishing*, através da qual o julgador deixa de aplicar um precedente judicial ao caso concreto em razão de o fato sob análise ser distinto do que imaginaram os criadores do precedente. Tal regra, de origem norte-americana, versa sobre a hipótese de afastamento da *ratio decidendi* de um precedente ao caso concreto diante de suas peculiaridades.

(...)

De fato, concretizando tais ensinamentos, conclui-se que não há como se transpor a *ratio decidendi* do acórdão proferido pelo STF ao exame da condenação em honorários na hipótese de espontaneidade na apresentação de cálculos pela Fazenda Pública. Ao revés, tem-se um fato suficiente para determinar o afastamento do precedente, dada as peculiaridades examinadas acima.

Coadunamos com o posicionamento acima e vislumbramos, além da agilidade na duração do processo, na possibilidade de alterar o entendimento quanto ao pagamento de honorários nas execuções invertidas, reduzindo o gasto público.

#### **4.2.1 – DA DISCUSSÃO *SUB JUDICE* SOBRE A POSSIBILIDADE DO JUIZ DA CAUSA ORDENAR A APRESENTAÇÃO DOS CÁLCULOS PELA FAZENDA PÚBLICA**

A execução invertida vem, de forma difusa, sendo utilizada em diversos âmbitos do Poder Judiciário, com maior incidência na Justiça Federal, quando o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – figura como réu.

Os Juizados Especiais Federais da 3ª Região, inclusive, dispuseram expressamente no art. 121 de seu Manual de Padronização, divulgado no diário eletrônico de 04/07/2012 (acesso em 12/11/2013), sobre a adoção da execução invertida:

Art. 121. Nos processos envolvendo matérias que venham a ser objeto de execução invertida, o setor de execução, após o trânsito em julgado, procederá à remessa de ofício ao vencido, para cumprimento do julgado.

<sup>10</sup> Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18554/da-condenacao-da-fazenda-publica-em-honorarios-advocaticios-em-execucoes-com-cumprimento-espontaneo-do-julgado#ixzz2kRHAC6vA>>.

§ 1º Havendo retorno dos cálculos com valores a requisitar, a parte contrária será intimada para manifestação, em 10 (dez) dias, sendo que:

- a) no silêncio, ou em caso de concordância expressa, os processos serão encaminhados ao setor de RPV/precatório;
- b) em caso de discordância, os autos virtuais serão remetidos ao juiz federal para deliberação.

§ 2º Nada sendo apurado como devido, a parte contrária será intimada para manifestação, em 10 (dez) dias, sendo que:

- a) em caso de silêncio ou de concordância expressa, os autos serão encaminhados ao arquivo;
- b) em caso de discordância, os autos virtuais serão remetidos ao juiz federal para deliberação.

Observa-se, nas pesquisas realizadas, que os juízes têm proferido despachos judiciais determinando que o INSS apresente os cálculos de liquidação referentes aos valores devidos tanto de forma voluntária, quanto de forma obrigatória, sobretudo nos Juizados Especiais. É o que se observa dos excertos extraídos da *internet*, abaixo relacionados:

• **Intimação do INSS para apresentação de cálculos de forma voluntária:**

VALMIR RIBEIRO DA COSTA (SP119317 - CLEIDE SEVERO CHAVES) X INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS(SP159314 - LEONORA MARIA VASQUES VIEIRA) 1. Despacho 2. Diante do trânsito em julgado da sentença, remetam-se os autos ao SEDI para reclassificação do presente feito para EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA / CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. 3. **Considerando o Princípio da Celeridade Processual, apresente o INSS, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, os cálculos de liquidação dos valores devidos à parte exequente. 4.1. Após, dê-se vista à parte exequente para, no prazo de 15 (quinze) dias, se manifestar sobre os cálculos apresentados pela Autarquia. 4.1.1. Concordando integralmente com os cálculos do INSS, homologo os valores apresentados, considero o INSS por citado, para fins de execução, e determino que seja(m) expedida(s) a(s) competente(s) requisição(ões) de pagamento, observando-se as formalidades legais. (...) 4.1.2. Não concordando, apresente, no prazo de 15 (quinze) dias, a conta que entende correta, devidamente justificada. 4.2. Ultrapassado o prazo de apresentação dos cálculos pelo INSS ou discordando a parte exequente do procedimento de Execução Invertida, apresente, no prazo de 15 (quinze) dias, os cálculos de liquidação, nos termos do art. 475-B do Código de Processo Civil. 5. Se apresentados os cálculos pela parte exequente, cite-se o INSS, na forma do art. 730 do Código de Processo Civil. 6. Int. (0000166-16.2005.403.6118 (2005.61.18.000166-7) – TRF 3ª Região) (destacamos)**

• **Intimação do INSS para apresentação de cálculos de forma obrigatória, sob pena de condenação em litigância de má-fé:**

Autos nº 1382/2003 Vistos, *etc.* Aceito a conclusão por designação em *auxílio* (DJe de 26.7.2011). O INSS apresentou “impugnação” à fase executiva sob o argumento de ser impossível o cumprimento do título executivo, na medida em que a *aposentadoria por invalidez* decorreu de benefício precedido (*auxílio-doença*), razão pela qual não haveria possibilidade de aplicar o reajuste pelo IRSM sobre os *salários-de-contribuição*, pois não integraram o cálculo do benefício, o qual foi realizado com base no *salário-debenefício* que deu origem ao auxílio doença (fls. 75-80). O pólo credor não se manifestou a respeito (fl. 89). Decido.

**Este juízo adota a execução invertida nas demandas previdenciárias, não apenas como forma de tornar mais eficiente e célere o processamento da fase executiva, como simplificando e desonerando a atividade do INSS, pois se evita assim que na maioria dos casos haja necessidade de oposição e trâmite de embargos.**

(...)

Diante do exposto, julgo improcedente o incidente de fls. 75-80 e, com apoio no artigo



461, *caput*, do CPC, determino que a aplicação do IRSM ocorra como correção de 39,67% sobre os *salários-de-benefício* que informaram o valor do benefício de *auxílio-doença* precedente, observando-se quanto à correção monetária e juros o disposto na decisão da instância superior (fls. 66-67).

Em consequência, determino:

**Tornem os autos ao INSS para que no prazo de 20 dias efetue a revisão do benefício e calcule o valor das parcelas devidas em atraso, nos moldes da presente decisão.**

Apresentados os cálculos, intime-se o polo credor para que sobre eles se manifeste, sendo que o silêncio será considerado como concordância. A seguir, torne o feito conclusivo para fins de homologação e subsequente expedição eletrônica de ofício requisitório. **Caso ocorra recusa em apresentação dos cálculos por parte do INSS, intime-se o polo credor para que requeira a execução da decisão, apresentado seus cálculos. A seguir, nessa hipótese de recusa em apresentação de cálculos pelo INSS, tornem os autos conclusos para imposição de sanções por litigância de má-fé ao pólo devedor.**

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Jacupiranga, autodata.

(fonte:<http://colorindoajustica.blogspot.com.br/2011/12/previdenciario-faseexecutiva-incidente.html>) (destacamos)

O INSS, em Embargos de Declaração interpostos contra acórdão que determinou a apresentação obrigatória dos cálculos da liquidação da sentença pela Fazenda Pública (Processo n.º 200763010025273, Juizado Especial Federal da Terceira Região, Seção Judiciária de São Paulo), suscitou uma série de argumentos para demonstrar a impossibilidade de se proceder com a execução invertida como uma imposição do juízo da causa.

Neste sentido, alegou que a imposição de obrigatoriedade ao réu de elaborar e apresentar judicialmente os cálculos violaria a sistemática contida nos arts. 52 da Lei n.º 9.099, de 1995 (Lei dos Juizados Especiais) e 570 do CPC (na época em vigor), bem como o princípio constitucional da legalidade (art. 5º, inciso II, da CF), uma vez que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, salvo se a lei assim determinar (artigo 5º, inciso II, da CF).

Isto porque a execução no Juizado Especial, apesar de ser mais célere e informal, não afasta regras básicas de direito processual, tais como a devida manifestação do credor em receber o débito (inciso IV, do art. 52, da Lei n.º 9.099/95) e o direito ao exercício da ampla defesa pelo executado, mediante a oposição de embargos à execução (inciso IX), sem falar nos casuísmos desse sistema célere que são a liquidez da sentença (inciso I) e a obrigatoriedade do próprio Judiciário em atualizar o título (inciso II).

Prosseguindo, aduziu o INSS que ao se determinar que a própria Autarquia apresentasse cálculo do débito, impunha-se ao ente devedor a própria obrigação de liquidar o título executivo judicial, imposição que se mostraria incompatível com os preceitos processuais já citados.

Demonstrou, por fim, que a jurisprudência sempre foi incisiva a respeito de a execução invertida ser mera liberalidade do devedor:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - PRESCRIÇÃO PARA A EXECUÇÃO - OCORRÊNCIA. 1. Prescrição consumada: entre a data do trânsito em julgado e o pedido de citação transcorreram mais de 5 (cinco) anos. 2. **A execução invertida - artigo 570, do Código de Processo Civil (atualmente revogado pela Lei Federal nº 11.232/05) - era faculdade deferida ao devedor, extensiva ao poder público. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.** 3. No caso concreto, a União não promoveu a aludida execução invertida. Não houve

pedido de citação do credor. 4. Apelação improvida.(TRF/3ª Região- AC 199903990397615 – Relator Desembargador Federal Fabio Pietro - 08/02/2010) 4. Recurso especial provido. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO PROCURADORIA-GERAL FEDERAL PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO – SP/MS (destacamos)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO INVERTIDA PROPOSTA PELA FAZENDA PÚBLICA. DEPÓSITO PRÉVIO. DESNECESSIDADE. **O artigo 570 do Código de Processo Civil atribui ao devedor a faculdade de iniciar o processo de execução - qualquer que seja a espécie -, a fim de que se exonere de sua obrigação.**

1. A Fazenda Pública, quando devedora, está dispensada do depósito prévio previsto no artigo 605 do Código de Processo Civil, desde que sujeita ao regime de precatórios.

2. Precedentes da Quinta Turma.

3. Recurso especial provido.

(STJ - REsp 356002 / SC – Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO – DJ DJ 13/12/2004) (destacamos)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO INVERTIDA. CPC, ARTIGO 570. INSS. DESNECESSIDADE DE DEPÓSITO IMEDIATO (ART. 605, DO CPC). PAGAMENTO POR PRECATÓRIO.

I – **Não há impedimento legal de a Fazenda Pública, incluídas aí as autarquias, utilizar-se da faculdade da execução invertida do art. 570, do CPC.**– Tendo em vista a obrigatoriedade do pagamento das dívidas judiciais por precatório, não pode ser exigido o depósito imediato previsto no art. 605, do CPC. Precedente.

II – Recurso conhecido e provido.

(STJ - REsp 308851 / MG - Ministro GILSON DIPP – DJ 19/02/2002). – (destacamos)

No mesmo sentido, reagiu a Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União - SGCT/AGU, apresentando, no Supremo Tribunal Federal - STF, pedido de ingresso no Recurso Extraordinário n.º 729.884, interposto pelo INSS em face de acórdão proferido pela 4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul.

O referido acórdão manteve a sentença que condenou o INSS a realizar a liquidação da condenação judicial constituída em seu desfavor, por entender que o ente da Fazenda Pública teria melhores condições institucionais de realizar os cálculos do que o próprio exequente ou a contadoria judicial<sup>11</sup>.

No Recurso Extraordinário n.º 729.884, o INSS defende que o acórdão proferido viola os princípios constitucionais da legalidade, da separação de poderes e do devido processo legal, por terem sido criados deveres processuais sem previsão legal, além de usurpada a competência da União para legislar em matéria de Direito Processual Civil e impedido o exercício regular das faculdades de defesa da Fazenda Pública em juízo.

A SGCT/AGU, por sua vez, defende o interesse da União em manifestar-se na questão constitucional debatida, uma vez que o modelo de execução determinado causa graves transtornos ao serviço de representação judicial da União. O órgão da AGU argumenta que a incumbência de liquidar sentenças é do autor/exequente e, subsidiariamente, do juízo,

---

<sup>11</sup> Disponível em:

<[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=236573&id\\_site=1093](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=236573&id_site=1093)>.

Acesso em: 12 nov. 2013.

que poderá exercê-lo com o auxílio da contadoria. Desse modo, não estaria o réu obrigado a quantificar, contra si, o valor de uma determinada prestação cuja validade ele não reconhece. O máximo que a legislação exigiria do réu/executado, em termos de colaboração necessária com o Poder Judiciário, seria a apresentação dos documentos que são essenciais à quantificação de uma eventual condenação.

O Recurso Extraordinário n.º 729.884/RS ainda não foi julgado, constando como última movimentação a conclusão ao Relator desde 09/08/2013 (acesso em 12/11/2013, às 09h22m) tendo sido apresentado parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do recurso extraordinário ou, caso conhecido, pelo seu desprovimento.

Os argumentos para tanto se concentram no fato de que a violação aos princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, quando dependerem, para a sua constatação, da prévia interpretação de normas processuais ordinárias, caracteriza situação de violação indireta ou reflexa ao texto constitucional, não autorizando a admissão do recurso extraordinário. Incidência, *mutatis mutandis*, da Súmula n.º 636 do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao mérito, o parecer ministerial dispõe que a fórmula jurisprudencial que, diante dos princípios norteadores dos Juizados Especiais, atribui ao Instituto Nacional do Seguro Social o ônus processual de elaborar os cálculos do valor da condenação, dado o fato de dispor dos documentos essenciais para o cálculo e ter entre suas atribuições institucionais a confecção de cálculos de benefícios previdenciários, não implica em atuação do Poder Judiciário na qualidade de legislador positivo e tampouco atenta contra os princípios da legalidade, do devido processo legal e da ampla defesa.

Tal medida estaria embasada na inteligência do art. 11, da Lei n.º 10.259, de 2001 e no princípio constitucional do justo processo, do qual são corolários tanto a garantia de duração razoável do processo, quanto os princípios da celeridade, simplicidade e economia processual, que informam o microsistema dos Juizados Especiais. (Parecer nº 9175 / RJMB no RE 729.884 / RS)

Contudo, as atuais controvérsias *sub judice*, apesar de relevantes para o tema em questão, posto que é possível que apontem para uma tendência também no âmbito estadual, não interferirão no objetivo pretendido pelo presente estudo, que é justamente o de verificar os benefícios e as dificuldades de se adotar, voluntariamente, a execução invertida, com a apresentação espontânea dos cálculos pela Fazenda Pública.

#### **4.2.2 - A PIONEIRA EXPERIÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL COM A IMPLANTAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA EXECUÇÃO INVERTIDA**

A Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul lançou, em 14 de fevereiro de 2012, a sistemática de trabalho da execução invertida, sendo a pioneira no país na implantação do sistema de forma estruturada. O procedimento tem o objetivo de simplificar processos judiciais na fase de execução e reduzir significativamente o tempo para credores receberem o que lhes é devido<sup>12</sup>.

Tal sistema foi organizado, em suma, da seguinte forma:

---

<sup>12</sup> Disponível em: < <http://www.rs.gov.br/noticias/1/99949/PGE-simplifica-processos-judiciais-na-fase-deexecucao/5/110//>>. Acesso em: 12 nov. 2013

- (1) Depois de transitada em julgado a decisão e definido que o autor tem direito a receber valores do Estado, a PGE, ao invés de aguardar uma ação por parte do beneficiário para receber esse valor, tomará a iniciativa de apresentar os cálculos das quantias devidas, elaborados pelo seu corpo de peritos.
- (2) O autor, concordando com a quantia, terá encaminhada uma Requisição de Pequeno Valor (RPV) para que a Secretaria da Fazenda realize o pagamento.
- (3) Inicialmente, este novo fluxo de trabalho seria adotado nas ações referentes às Leis Britto, sendo estendido, gradativamente, para as matérias de política salarial e questões previdenciárias, nas demandas com valor até 40 salários mínimos, que na época da implantação representavam R\$ 24.880,00 (vinte e quatro mil, oitocentos e oitenta reais).
- (4) Para tanto, foi estabelecida parceria com as 12ª e 20ª Varas da Fazenda Pública de Porto Alegre.

De acordo com os estudos realizados pela PGE/RS, a fase de execução, que dura em média dois anos, poderia ter seu tempo reduzido para cerca de seis meses, da apresentação dos cálculos pela PGE/RS até a expedição da RPV, diminuindo sensivelmente o custo dos processos e do trabalho que envolve cartório, contadoria e peritos.

A iniciativa da sistematização do processo da execução invertida no Estado do Rio Grande do Sul surgiu dos problemas enfrentados em função das demandas de massa, com números expressivos de processos e valores relativamente baixos, principalmente as relacionados com a Lei Britto (Lei do Estado do Rio Grande do Sul n.º 10.395, de 1º de junho de 1995, que institui Política Salarial para os vencimentos e soldos básicos dos servidores públicos do Poder Executivo e de suas autarquias e dá outras providências), pagamento do terço de férias para o magistério e de restituição das contribuições previdenciárias<sup>12</sup>.

A adoção do procedimento evitaria que os cartórios judiciais tivessem que expedir ofícios à Secretaria da Fazenda e Procuradoria do Estado, solicitando informações para os cálculos da execução, que ficam a cargo das contadorias dos Foros, na hipótese da parte credora estar amparada pela Justiça Gratuita.

Além da redução do tempo do trâmite do processo de execução com economia de tempo para o cidadão, outro aspecto que foi considerado para a implantação do sistema foi a otimização e racionalização do trabalho da PGE/RS e do Poder Judiciário, visando, inclusive, a sobrevivência destas instituições, que prestam função essencial à Justiça. O simples aumento do número de procuradores, juízes e servidores, sem que fossem pensadas em soluções alternativas, não seria suficiente para solucionar o problema.

---

<sup>12</sup> Fonte: Jornal Correio do Povo - Foto: Divulgação APERGS - Data da Publicação: 20 nov. 2012. Disponível em: <[http://www.apergs.org.br/site/noticias\\_detalhe.php?cd\\_publicacao=398](http://www.apergs.org.br/site/noticias_detalhe.php?cd_publicacao=398)>. Acesso em: 12 nov. 2013. <sup>13</sup> Disponível em: <<http://www.rs.gov.br/noticias/1/99949/PGE-simplifica-processos-judiciais-na-fase-deexecucao/5/110//>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

Segundo noticiado, o modelo já é adotado pela PGE/RS nas demandas que dizem respeito ao terço constitucional de férias ao magistério, e o resultado é de que em 90% dos casos as partes concordam com os cálculos feitos.

Quando os procedimentos envolvem os processos em andamento no interior do Estado, acompanhados pelas Procuradorias Regionais, como é o caso das execuções cíveis, a execução invertida também já vem sendo adotada por Regionais que possuem assessor contador próprio, como ocorre nos municípios de Lajeado e Santa Maria.

De acordo com as informações fornecidas pela Coordenadora da Procuradoria de Execuções e Precatórios, Ana Cristina Brenner<sup>13</sup>, no *site* oficial acima citado, para que essa sistemática fosse implantada, seria usado *software* específico, que viabilizaria a elaboração dos cálculos pelos peritos, na medida em que os dados seriam importados de bancos de dados dos servidores, disponíveis na Secretaria da Fazenda.

A implantação da sistemática de trabalho da execução invertida pela PGE/RS rendeu-lhe, por meio da Coordenadora da Procuradoria de Liquidação e Execução (PLE), Dra. Ana Cristina Brenner, menção honrosa na categoria Advocacia, na 9ª edição do Prêmio Innovare, ano 2012, em cerimônia realizada no Supremo Tribunal Federal, em Brasília. O Prêmio Innovare é um instrumento destinado a identificar, premiar e disseminar práticas bem sucedidas da Justiça Brasileira que estejam contribuindo para sua modernização, rapidez e eficiência.<sup>26</sup>

Em função desta participação no concurso, foi divulgado no *site Prêmio Innovare*<sup>14</sup>, todos os aspectos relacionados com a implantação da sistemática da execução invertida no Estado do Rio Grande do Sul, os quais temos a oportunidade de trazer para o presente estudo.

Como critério à participação no concurso, foi respondido pela candidata (PGE/RS) o questionário abaixo, o qual apresenta muito úteis e esclarecedoras informações, para que a sistemática seja difundida para outros estados da federação.

Abaixo, o questionário, na íntegra:

- **Descrição resumida**

Implantação de atuação simplificada nos processos de conhecimento, com decisão transitada em julgado, em que a Fazenda Pública é condenada a uma obrigação de pagar quantia certa, mediante a apresentação de cálculos pelo próprio devedor (Estado *lato sensu*). Em verdade, a Fazenda Pública, ao invés de aguardar a propositura da ação respectiva para cobrança do crédito reconhecido na fase ordinária, antecipa-se à iniciativa da parte, apresentando, nos autos do processo cognitivo, os cálculos das quantias devidas. Em síntese, a novel prática representa a adoção de uma postura proativa do ente público, com cumprimento espontâneo do julgado, nos processos de até 40 salários mínimos.

- **Benefícios específicos da prática**

**Explique como sua prática contribui para a sustentabilidade e para o meio ambiente. Pergunta obrigatória apenas para concorrer ao Prêmio Especial**

**Explique como sua prática contribui para o aumento da cidadania no Brasil.**

<sup>13</sup><[http://www.pge.rs.gov.br/noticia.asp?ta=5&cod\\_noticia=3882](http://www.pge.rs.gov.br/noticia.asp?ta=5&cod_noticia=3882)>

<sup>14</sup> <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/implantacao-da-execucao-invertida-nas-aco-es-contra-a-fazendapublica/>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

**Pergunta obrigatória para concorrer nas categorias Tribunal, Juiz Individual, Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia**

Propiciando significativa agilidade na tramitação dos processos. E isso porque calcula-se que, a contar da intimação da PGE para apresentar os cálculos e até a expedição da RPV, o tempo duração do feito reduziu-se para 6 (seis) meses, quando, na sistemática da execução comum, havendo citação do ente público para opor embargos, querendo (art. 730, CPC), o processo leva em torno de 2 anos para que se obtenha a expedição do requisitório. A nova prática acelera, sobremaneira, a resolução dos conflitos por meio da efetiva satisfação do crédito, notadamente naqueles casos que não excedam a 40 salários mínimos. Economiza-se, portanto, tempo do cidadão, otimiza-se o trabalho da PGE e do Poder Judiciário, de forma a alcançar uma eficiente Administração da Justiça.

**• Quais os fatores de sucesso da prática?**

- a) o cidadão não necessita ajuizar uma nova ação (executiva) para ver seu direito satisfeito;
- b) há expressiva redução da burocracia cartorária, pois as Varas não necessitam mais ordenar a citação do ente público, tampouco expedir ofícios aos órgãos pagadores para obtenção dos relatórios necessários à confecção dos cálculos pela Contadoria Judicial, quando as partes estão albergadas pela AJG;
- c) há aceitação, em quase 90% (noventa) por cento dos casos, dos cálculos apresentados pelo Estado, o que torna menos litigioso o direito a ser satisfeito; d) há desoneração da Contadoria Judicial, que de vê desincumbida de revisar os cálculos, pois os dados estatísticos registram percentual expressivo de concordância dos autores/credores com o cálculo do devedor;
- e) economia para os cofres públicos, relativamente às despesas de contador;
- f) diminuição do retrabalho, com o fluxo mais enxuto do processo;
- g) mudança de postura da Fazenda Pública, que passa a atuar de forma proativa e não reativa, em benefício de todos os envolvidos;
- h) descabimento de fixação de novos honorários, porquanto a hipótese é de pagamento espontâneo da obrigação (RE 420.816/PR)

**• Explique o processo de implementação da prática?**

Firmou-se uma parceria com o Poder Judiciário Riograndense para estabelecer um novo fluxo no trâmite dos processos aptos a darem início a uma ação executiva. Selecionou-se, para submeterem-se à nova prática, inicialmente, as ações repetitivas que geram maior volume de processos nos cartórios das Varas da Fazenda Pública (política salarial, terço de férias do magistério, restituição da contribuição previdenciária, promoção retroativa do magistério). Combinou-se, posteriormente, um fluxo de trabalho com os Juízes envolvidos. Aportou-se, na sequência, estrutura material e humana para elaboração desse trabalho, criando-se metas para a produção dos peritos e para o peticionamento judicial.

**• Qual a principal inovação da sua prática?**

Mudança de postura: ao invés de aguardar a adoção das medidas tendentes ao ajuizamento da ação executiva por parte do autor/credor, o Estado (*lato senso*), por meio de seu Órgão de representação judicial (PGE), toma ele mesmo a iniciativa de lançar, nos autos do processo onde o autor viu reconhecido um direito com repercussão econômica, o valor que entende devido, com vista à pronta satisfação do crédito.

**• Quais as dificuldades encontradas?**

- a) pontualmente, em alguns processos envolvendo os entes da Administração Pública Indireta, há mais morosidade na obtenção dos relatórios para a confecção dos cálculos, diferentemente do que ocorre com aqueles de responsabilidade do Estado;
- b) carência de estrutura de servidores para dar conta do volume de demandas a serem atendidas pela nova sistemática;
- c) em percentual bastante ínfimo, há eventual discordância das partes com o cálculo por nós apresentado, seguindo-se, a partir de então, o rito da execução comum (mais demorado);
- d) falta de equipamentos (microcomputadores) mais modernos para elaboração dos cálculos;
- e) necessidade de padronizar a atuação entre Capital e interior do Estado.

**• Há quanto tempo a prática está em funcionamento?**

Começou a ser gestada em 2009, depois de prolatada sentença em uma Ação Civil Pública intentada pelo CPERGS contra o Estado do Rio Grande do Sul (no longínquo ano de 2005), no qual o Sindicato buscava ver reconhecido aos seus filiados o direito à percepção do pagamento da gratificação do terço constitucional de férias sobre os dias efetivamente fruídos pelos professores. O pedido foi julgado procedente, com o trânsito em julgado da demanda no ano de 2009. Após a prolação da sentença irrecorrível, as ações individuais em curso vieram a ser transformadas, automaticamente, em liquidação de sentença, aproveitando-se os magistrados do título executivo obtido na ACP para assim decidirem. Como eram milhares os beneficiados pela sentença, e considerando que a verificação dos cálculos pelas partes era mais trabalhosa do que a apresentação pela perícia da PGE, deu-se início, em 2010, a um projeto piloto de "execução invertida", o qual, em janeiro de 2012, foi ampliado para outras matérias, consolidando-se, desde então, a prática aqui noticiada.

- **Descreva resumidamente as etapas de funcionamento da prática**

#### FLUXOGRAMA – EXECUÇÃO INVERTIDA

- 1) Origem dos processos sujeito à prática - Processos vindos da Procuradoria de Pessoal - Processos vindos da Procuradoria Previdenciária - Processos vindos do Fórum, conforme acordo com as Varas;
- 2) Análise do título executivo;
- 3) Confecção de check-list com os parâmetros dos cálculos a serem apresentados;
- 4) Encaminhamento do processo para à perícia contábil;
- 5) Retorno da perícia;
- 6) Petição com apresentação do cálculo;
  - 6.a) Se a parte concorda:
    - 6.a.1) expedição de RPV, quando o valor for até 40 salários mínimos;
    - 6.a.2) ajuizamento da execução comum, quando o valor for superior a 40 salários mínimos, pois, nessa hipótese, é de rigor a citação na forma do art. 730 do CPC.
  - 6.b) Se a parte não concorda:
    - 6.b.1) discussão do valor devido;
    - 6.b.2) eventual ajuizamento de ação de embargos à execução pelo ente público.

- **Recursos envolvidos na prática**

Humanos, materiais, físicos, espaciais

## V – CONCLUSÃO

Confirmada a possibilidade jurídica da utilização do procedimento da execução invertida pela Fazenda Pública e verificados os aspectos processuais de sua aplicação, foram detectadas e demonstradas as inegáveis vantagens da adoção da sistemática no âmbito do Estado de Minas Gerais.

Verificou-se que a sua implantação simplificaria os processos judiciais em fase de execução, reduzindo significativamente o tempo para os credores receberem o que lhes é devido; otimizaria e racionalizaria o trabalho da Advocacia-Geral do Estado e da Justiça, mediante a resolução de grande quantidade de processos em massa que determinem obrigações de pagamento; propiciaria economia de trabalho de cartórios judiciais, desoneração da contadoria judicial, economia para os cofres públicos relacionadas com despesas com contador e pagamento de menos juros de mora, em função da maior celeridade na conclusão do processo; ainda, possibilitaria a defesa de não fixação de honorários, tendo em vista que a hipótese é de pagamento espontâneo da obrigação.

Constatou-se que a prática deveria ser aplicada aos casos que não excedessem o valor passível de ser objeto de Requisitório de Pequeno Valor, atualmente não podendo ultrapassar a quantia de R\$ R\$ 11.815,05 (onze mil, oitocentos e quinze reais e cinco centavos) no Estado de Minas Gerais, posto que assim a sistemática conseguiria alcançar o objetivo da celeridade no pagamento, além de que abarcaria um número expressivo de processos.

Por outro lado, demonstrou-se que a adoção da sistemática atrairia a necessidade de utilização de recursos humanos, materiais e físicos da Advocacia-Geral do Estado, e que a sua aplicação inicial às matérias de massa, tais como processos judiciais envolvendo pessoal administrativo e Direito Previdenciário, bem como nos acordos judiciais, propiciaria maiores vantagens.

Em curso a sistemática, o Procurador do Estado responsável pelo acompanhamento processual, de forma proativa, deveria verificar o trânsito em julgado da decisão e que os parâmetros desta encontram-se em consonância com os termos fixados pelos Tribunais Superiores, após o que, imediatamente, encaminharia os autos para cálculo da área técnica e posteriormente os apresentaria judicialmente, devidamente instruídos, antes de proposta a execução pelo credor.

Por todo o exposto, conclui-se que a instituição da sistemática da execução invertida no Estado de Minas Gerais, nos moldes delineados no corpo deste estudo, constituirá prática relevante e que em muito contribuirá para desafogar o trabalho prestado pela Advocacia-Geral do Estado e o sistema de justiça.

Para tanto, sugere-se a inclusão de dispositivo na Resolução AGE 237, de 20 de março de 2009, que estabelece rotinas de comunicação de decisões aos órgãos, nos seguintes termos:

Art. Transitada em julgado a decisão em processos submetidos ao procedimento de Requisição de Pequeno Valor (RPV) e averiguado tratar-se de matérias de massa, os procuradores responsáveis pelo acompanhamento processual deverão imediatamente encaminhar o processo para a área técnica responsável pelos cálculos.

§1º Recebidos os cálculos da área técnica, deverá ser providenciada a sua apresentação ao juízo imediatamente, como também a intimação do credor para aceitar ou não os cálculos apresentados.

## VI – REFERÊNCIAS

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 8.ed. São Paulo, Dialética, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 5.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

DIDIER JR., Fredie. *Introdução ao direito processual civil e o processo de conhecimento*. 15.ed. Salvador: *JusPodivm*, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A necessária reforma infraconstitucional. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2005.



IMPLANTAÇÃO da execução invertida nas ações contra a Fazenda Pública. Prêmio *Innovare*, 2012. Notícias. Disponível em: <[http://www.premioinnovare.com.br/praticas/implantacao-daexecucao\\_invertida-nas-ações-contra-a-fazenda-publica](http://www.premioinnovare.com.br/praticas/implantacao-daexecucao_invertida-nas-ações-contra-a-fazenda-publica)>. Acesso em: 12 nov.2013.

INICIATIVA da PGE reduz prazos. Jornal Correio do Povo, Rio Grande do Sul, 20 nov. 2012. Notícias. Disponível em: <[http://www.apergs.org.br/site/noticias\\_detalle.php?cd\\_publicacao=398](http://www.apergs.org.br/site/noticias_detalle.php?cd_publicacao=398)> Acesso em: 12 nov. 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Nicolás Francesco Calheiros de. Da condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios em execuções com cumprimento espontâneo do julgado. Uma análise jurisprudencial sob a ótica do "distinguishing". *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2793, 23 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18554>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

PIMENTEL, Alexandre Freire. *O sistema da liquidação de sentença instituído pela Lei nº 11.232/05*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/31348-351421-PB.pdf>> Acesso em: 12 nov. 2013).

RIO GRANDE DO SUL. Governo. Sítio Institucional. Disponível em: <<http://www.rs.gov.br/noticias/1/99949/PGE-simplifica-processos-judiciais-na-fase-deexecucao/5/110/>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Procuradoria do Estado. Sítio Institucional. [s.n.], 2012. Disponível em: <[http://www.pge.rs.gov.br/noticia.asp?ta=5&cod\\_noticia=3882/](http://www.pge.rs.gov.br/noticia.asp?ta=5&cod_noticia=3882/)>. Acesso em: 12 nov. 2013. SILVA, Marco Aurélio Leite da. *A execução invertida nas ações previdenciárias*. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=1435](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1435)>. Acesso em: 12/11/2013.

Belo Horizonte, 18 de novembro de 2013.

*Robson Lucas da Silva*  
*Procurador do Estado*

*Paula Souza Carmo de Miranda*  
*Procuradora do Estado*

*Maria Fernanda Carvalho Ribeiro*  
*Assessora Jurídica do Advogado-Geral Adjunto*



**PARECERES,  
NOTAS JURÍDICAS E  
PEÇAS PROCESSUAIS**



## PARECER AGE Nº 15.291/2013

**PROCEDÊNCIA:** SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA  
**INTERESSADA:** SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA  
**NÚMERO:** 15.291  
**DATA:** 21 DE NOVEMBRO DE 2013  
**EMENTA:** DOAÇÕES/CONTRIBUIÇÕES RECEBIDAS POR CANDIDATO A CARGO ELETIVO. ITCD. DESCABIMENTO.

### RELATÓRIO

Pretende a Secretaria de Estado de Fazenda saber se, nos termos do ordenamento jurídico em vigor, seria ou não pertinente a cobrança do Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCD, sobre recursos recebidos por **candidato** a cargo eletivo (em dinheiro ou estimáveis em dinheiro) para financiamento de campanha eleitoral.

Em síntese, se seria juridicamente lícita ou não, para fins tributários, a qualificação de tais recursos para fins de cobrança do referido imposto.

### PARECER

1. Para facilitar o exame da questão posta, necessário o registro da legislação de regência, quer a de natureza constitucional, tributária, eleitoral ou civil.

Dispõe a Constituição Federal de 1988:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I - transmissão *causa mortis* e **doação**, de quaisquer bens ou direitos.

(.....)

§ 1.º O imposto previsto no inciso I:

I - relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal

II - relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal;

III - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:

a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;

b) se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;

IV - terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal”

A Lei Estadual nº 14.941/2003, que instituiu o imposto em questão no âmbito do Estado de Minas Gerais, estabelece:

“Art. 1º O Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD - incide:

I - na transmissão da propriedade de bem ou direito, por sucessão legítima ou testamentária;

II - no ato em que ocorrer a transmissão de propriedade de bem ou direito, por meio de fideicomisso;

III - na doação a qualquer título, ainda que em adiantamento da legítima;

IV - na partilha de bens da sociedade conjugal e da união estável, sobre o montante que exceder à meação;

V - na desistência de herança ou legado com determinação do beneficiário;

VI - na instituição de usufruto não oneroso;

VII - no recebimento de quantia depositada em conta bancária de poupança ou em conta corrente em nome do de cujus.

§ 1º O imposto incide sobre a doação ou transmissão hereditária ou testamentária de bem imóvel situado em território do Estado e respectivos direitos, bem como sobre bens móveis, semoventes, títulos e créditos, e direitos a eles relativos.

§ 2º O imposto incide sobre a transmissão de bens móveis, inclusive semoventes, direitos, títulos e créditos, e direitos a eles relativos, quando:

I - o doador tiver domicílio no Estado;

II - o doador não tiver residência ou domicílio no País, e o donatário for domiciliado no Estado;

III - o inventário ou o arrolamento judicial ou extrajudicial se processar neste Estado;

IV - o herdeiro ou legatário for domiciliado no Estado se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior. § 3º Para os efeitos deste artigo, considerar-se-á doação o ato ou fato em que o doador, por liberalidade, transmitir bem, vantagem ou direito de seu patrimônio ao donatário, que o aceitará expressa, tácita ou presumidamente, incluindo-se a doação efetuada com encargo ou ônus.

§ 4º Em transmissão não onerosa *causa mortis*, ocorrerão tantos fatos geradores distintos quantos forem os herdeiros ou legatários.

§ 5º Em transmissão decorrente de doação, ocorrerão tantos fatos geradores distintos quantos forem os donatários do bem, título ou crédito, ou do direito transmitido. § 6º Consideram-se também doação de bem ou direito os seguintes atos praticados em favor de pessoa sem capacidade financeira, inclusive quando se tratar de pessoa civilmente incapaz ou relativamente incapaz:

I - a transmissão da propriedade plena ou da nua propriedade;

II - a instituição onerosa de usufruto”.

Por sua vez, prevê a Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições:

#### “Da Arrecadação e da Aplicação de Recursos nas Campanhas Eleitorais

Art. 17. As despesas da campanha eleitoral serão realizadas sob a responsabilidade dos partidos, ou de seus candidatos, e financiadas na forma desta Lei.

Art. 17-A. A cada eleição caberá à lei, observadas as peculiaridades locais, fixar até o dia 10 de junho de cada ano eleitoral o limite dos gastos de campanha para os cargos em disputa; não sendo editada lei até a data estabelecida, caberá a cada partido político fixar o limite de gastos, comunicando à Justiça Eleitoral, que dará a essas informações ampla publicidade. (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006)

Art. 18. No pedido de registro de seus candidatos, os partidos e coligações comunicarão aos respectivos Tribunais Eleitorais os valores máximos de gastos que farão por cargo eletivo em cada eleição a que concorrerem, observados os limites estabelecidos, nos termos do art. 17-A desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006)

§ 1º Tratando-se de coligação, cada partido que a integra fixará o valor máximo de gastos de que trata este artigo.

§ 2º Gastar recursos além dos valores declarados nos termos deste artigo sujeita o responsável ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso.

Art. 19. Até dez dias úteis após a escolha de seus candidatos em convenção, o partido constituirá comitês financeiros, com a finalidade de arrecadar recursos e aplicá-los nas campanhas eleitorais.

§ 1º Os comitês devem ser constituídos para cada uma das eleições para as quais o partido apresente candidato próprio, podendo haver reunião, num único comitê, das atribuições relativas às eleições de uma dada circunscrição.

§ 2º Na eleição presidencial é obrigatória a criação de comitê nacional e facultativa a de comitês nos Estados e no Distrito Federal.

§ 3º Os comitês financeiros serão registrados, até cinco dias após sua constituição, nos órgãos da Justiça Eleitoral aos quais compete fazer o registro dos candidatos. Art. 20. O candidato a cargo eletivo fará, diretamente ou por intermédio de pessoa por ele designada, a administração financeira de sua campanha, usando recursos repassados pelo comitê, inclusive os relativos à cota do Fundo Partidário, recursos próprios ou doações de pessoas físicas ou jurídicas, na forma estabelecida nesta Lei.

Art. 21. O candidato é solidariamente responsável com a pessoa indicada na forma do art. 20 desta Lei pela veracidade das informações financeiras e contábeis de sua campanha, devendo ambos assinar a respectiva prestação de contas. (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006)

Art. 22. É obrigatório para o partido e para os candidatos abrir conta bancária específica para registrar todo o movimento financeiro da campanha.

§ 1º Os bancos são obrigados a acatar, em até 3 (três) dias, o pedido de abertura de conta de qualquer comitê financeiro ou candidato escolhido em convenção, sendolhes vedado condicioná-la à depósito mínimo e à cobrança de taxas e/ou outras despesas de manutenção. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos casos de candidatura para Prefeito e Vereador em Municípios onde não haja agência bancária, bem como aos casos de candidatura para Vereador em Municípios com menos de vinte mil eleitores.

§ 3º O uso de recursos financeiros para pagamentos de gastos eleitorais que não provenham da conta específica de que trata o caput deste artigo implicará a desaprovação da prestação de contas do partido ou candidato; comprovado abuso de poder econômico, será cancelado o registro da candidatura ou cassado o diploma, se já houver sido outorgado. (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)

§ 4º Rejeitadas as contas, a Justiça Eleitoral remeterá cópia de todo o processo ao Ministério Público Eleitoral para os fins previstos no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)

Art. 22-A. Candidatos e Comitês Financeiros estão obrigados à inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 1º Após o recebimento do pedido de registro da candidatura, a Justiça Eleitoral deverá fornecer em até 3 (três) dias úteis, o número de registro de CNPJ. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 2º Cumprido o disposto no § 1º deste artigo e no § 1º do art. 22, ficam os candidatos e comitês financeiros autorizados a promover a arrecadação de recursos financeiros e a realizar as despesas necessárias à campanha eleitoral. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

Art. 23. Pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas:

I - no caso de pessoa física, a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição;

II - no caso em que o candidato utilize recursos próprios, ao valor máximo de gastos estabelecido pelo seu partido, na forma desta Lei.

§ 2º Toda doação a candidato específico ou a partido deverá ser feita mediante recibo, em formulário impresso ou em formulário eletrônico, no caso de doação via

internet, em que constem os dados do modelo constante do Anexo, dispensada a assinatura do doador. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

§3º A doação de quantia acima dos limites fixados neste artigo sujeita o infrator ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso. § 4º As doações de recursos financeiros somente poderão ser efetuadas na conta mencionada no art. 22 desta Lei por meio de: (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006) I - cheques cruzados e nominais ou transferência eletrônica de depósitos; (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)

II - - despesas com transporte ou deslocamento de candidato e de pessoal a serviço das candidaturas; (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006)

I - correspondência e despesas postais;

II - despesas de instalação, organização e funcionamento de Comitês e serviços necessários às eleições;

III - remuneração ou gratificação de qualquer espécie a pessoal que preste serviços às candidaturas ou aos comitês eleitorais;

IV - montagem e operação de carros de som, de propaganda e assemelhados;

V - a realização de comícios ou eventos destinados à promoção de candidatura; (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006)

VI - produção de programas de rádio, televisão ou vídeo, inclusive os destinados à propaganda gratuita;

VII - (Revogado pela Lei nº 11.300, de 2006)

VIII - realização de pesquisas ou testes pré-eleitorais;

IX - (Revogado pela Lei nº 11.300, de 2006)

X - aluguel de bens particulares para veiculação, por qualquer meio, de propaganda eleitoral;

XI - custos com a criação e inclusão de sítios na Internet;

XII - multas aplicadas aos partidos ou candidatos por infração do disposto na legislação eleitoral.

XIII - produção de jingles, vinhetas e slogans para propaganda eleitoral. (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)

Art. 27. Qualquer eleitor poderá realizar gastos, em apoio a candidato de sua preferência, até a quantia equivalente a um mil UFIR, não sujeitos a contabilização, desde que não reembolsados.

### **Da Prestação de Contas**

Art. 28. A prestação de contas será feita:

I - no caso dos candidatos às eleições majoritárias, na forma disciplinada pela Justiça Eleitoral; II - no caso dos candidatos às eleições proporcionais, de acordo com os modelos constantes do Anexo desta Lei.

§ 1º As prestações de contas os candidatos às eleições majoritárias serão feitas por intermédio do comitê financeiro, devendo ser acompanhadas dos extratos das contas bancárias referentes à movimentação dos recursos financeiros usados na campanha e da relação dos cheques recebidos, com a indicação dos respectivos números, valores e emitentes.

§ 2º As prestações de contas dos candidatos às eleições proporcionais serão feitas pelo comitê financeiro ou pelo próprio candidato.

§ 3º As contribuições, doações e as receitas de que trata esta Lei serão convertidas em UFIR, pelo valor desta no mês em que ocorrerem.

§ 4º Os partidos políticos, as coligações e os candidatos são obrigados, durante a campanha eleitoral, a divulgar, pela rede mundial de computadores (internet), nos dias 6 de agosto e 6 de setembro, relatório discriminando os recursos em dinheiro ou estimáveis em dinheiro que tenham recebido para financiamento da campanha eleitoral, e os gastos que realizarem, em sítio criado pela Justiça Eleitoral para esse fim, exigindo-se a indicação dos nomes dos doadores e os respectivos valores doados somente na prestação de contas final de que tratam os incisos III e IV do art.29 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)



Art. 29. Ao receber as prestações de contas e demais informações dos candidatos às eleições majoritárias e dos candidatos às eleições proporcionais que optarem por prestar contas por seu intermédio, os comitês deverão:

I - verificar se os valores declarados pelo candidato à eleição majoritária como tendo sido recebidos por intermédio do comitê conferem com seus próprios registros financeiros e contábeis;

II - resumir as informações contidas nas prestações de contas, de forma a apresentar demonstrativo consolidado das campanhas dos candidatos;

III - encaminhar à Justiça Eleitoral, até o trigésimo dia posterior à realização das eleições, o conjunto das prestações de contas dos candidatos e do próprio comitê, na forma do artigo anterior, ressalvada a hipótese do inciso seguinte;

IV - havendo segundo turno, encaminhar a prestação de contas dos candidatos que o disputem, referente aos dois turnos, até o trigésimo dia posterior a sua realização.

§ 1º Os candidatos às eleições proporcionais que optarem pela prestação de contas diretamente à Justiça Eleitoral observarão o mesmo prazo do inciso III do *caput*. §

2º A inobservância do prazo para encaminhamento das prestações de contas impede a diplomação dos eleitos, enquanto perdurar.

§ 3º Eventuais débitos de campanha não quitados até a data de apresentação da prestação de contas poderão ser assumidos pelo partido político, por decisão do seu órgão nacional de direção partidária. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 4º No caso do disposto no § 3º, o órgão partidário da respectiva circunscrição eleitoral passará a responder por todas as dívidas solidariamente com o candidato, hipótese em que a existência do débito não poderá ser considerada como causa para a rejeição das contas. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

Art. 30. A Justiça Eleitoral verificará a regularidade das contas de campanha, decidindo: (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

I - pela aprovação, quando estiverem regulares; (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) II - pela aprovação com ressalvas, quando verificadas falhas que não lhes comprometam a regularidade; (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

III - pela desaprovação, quando verificadas falhas que lhes comprometam a regularidade; (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

IV - pela não prestação, quando não apresentadas as contas após a notificação emitida pela Justiça Eleitoral, na qual constará a obrigação expressa de prestar as suas contas, no prazo de setenta e duas horas. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) § 1º A decisão que julgar as contas dos candidatos eleitos será publicada em sessão até 8 (oito) dias antes da diplomação. (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006) § 2º Erros formais e materiais corrigidos não autorizam a rejeição das contas e a cominação de sanção a candidato ou partido.

§ 2º-A Erros formais ou materiais irrelevantes no conjunto da prestação de contas, que não comprometam o seu resultado, não acarretarão a rejeição das contas. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 3º Para efetuar os exames de que trata este artigo, a Justiça Eleitoral poderá requisitar técnicos do Tribunal de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, pelo tempo que for necessário.

§ 4º Havendo indício de irregularidade na prestação de contas, a Justiça Eleitoral poderá requisitar diretamente do candidato ou do comitê financeiro as informações adicionais necessárias, bem como determinar diligências para a complementação dos dados ou o saneamento das falhas.

§ 5º Da decisão que julgar as contas prestadas pelos candidatos e comitês financeiros caberá recurso ao órgão superior da Justiça Eleitoral, no prazo de 3 (três) dias, a contar da publicação no Diário Oficial. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 6º No mesmo prazo previsto no § 5º, caberá recurso especial para o Tribunal Superior Eleitoral, nas hipóteses previstas nos incisos I e II do § 4º do art. 121 da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 7º O disposto neste artigo aplica-se aos processos judiciais pendentes. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

Art. 30-A. Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando

provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 1º Na apuração de que trata este artigo, aplicar-se-á o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, no que couber. (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)

§ 2º Comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado. (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)

§ 3º O prazo de recurso contra decisões proferidas em representações propostas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

Art. 31. Se, ao final da campanha, ocorrer sobra de recursos financeiros, esta deve ser declarada na prestação de contas e, após julgados todos os recursos, transferida ao órgão do partido na circunscrição do pleito ou à coligação, neste caso, para divisão entre os partidos que a compõem. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009) Parágrafo único. As sobras de recursos financeiros de campanha serão utilizadas pelos partidos políticos, devendo tais valores ser declarados em suas prestações de contas perante a Justiça Eleitoral, com a identificação dos candidatos. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

Art. 32. Até cento e oitenta dias após a diplomação, os candidatos ou partidos conservarão a documentação concernente a suas contas.

Parágrafo único. Estando pendente de julgamento qualquer processo judicial relativo às contas, a documentação a elas concernente deverá ser conservada até a decisão final.

(.....)

#### **Disposições Transitórias**

Art. 79. O financiamento das campanhas eleitorais com recursos públicos será disciplinada em lei específica.

Art. 80. Nas eleições a serem realizadas no ano de 1998, cada partido ou coligação deverá reservar, para candidatos de cada sexo, no mínimo, vinte e cinco por cento e, no máximo, setenta e cinco por cento do número de candidaturas que puder registrar.

Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações. § 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição.

§ 2º A doação de quantia acima do limite fixado neste artigo sujeita a pessoa jurídica ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso.

§ 3º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a pessoa jurídica que ultrapassar o limite fixado no § 1º estará sujeita à proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público pelo período de cinco anos, por determinação da Justiça Eleitoral, em processo no qual seja assegurada ampla defesa.

§ 4º As representações propostas objetivando a aplicação das sanções previstas nos §§ 2º e 3º observarão o rito previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, e o prazo de recurso contra as decisões proferidas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

(.....)”.  
.....”.

Por fim, estabelece o Código Civil Brasileiro, no seu art. 538:

“Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”.

Será da interpretação teleológica e sistemática dos dispositivos acima transcritos, portanto, que se poderá dizer se há ou não pertinência quanto a eventual cobrança do ITCD relativamente aos recursos (em dinheiro ou estimáveis em dinheiro) recebidos pelo **candidato** para fins de financiamento de sua campanha eleitoral.

2. De início cabe ser destacado que a legislação eleitoral acima transcrita, em várias passagens, trata como “doação” a entrega de recursos (em dinheiro ou estimáveis em dinheiro) a **candidato** a cargo eletivo para financiamento de campanha eleitoral, sendo que em outras ocasiões (arts. 23, §1º; 28, §3º; 81, *caput* e 81, §1º) utiliza o termo “contribuição” (ou “contribuições”), com o mesmo sentido de “doação”, sempre, de qualquer modo, para financiamento de campanha eleitoral.

Já a legislação estadual, como visto, dispõe que o ITCD incide “*na doação a qualquer título*”, **assim como considera “doação o ato ou fato em que o doador, por liberalidade**”, transmite “*bem, vantagem ou direito de seu patrimônio ao donatário, que o aceitará expressa, tácita ou presumidamente, incluindo-se a doação efetuada com encargo ou ônus*”.

Conquanto, a uma primeira vista, a conjugação das duas leis referidas possa levar, interpretadas que sejam literalmente, à conclusão de que haveria pertinência quanto à cobrança do ITCD sobre os recursos, em dinheiro ou estimáveis em dinheiro, destinados a **candidato a cargo eletivo**, na medida em que a norma federal fala expressamente em “doação” (muito embora também se refira, como visto, a “contribuição”), estabelecendo a norma mineira a “doação” como fato determinante do imposto, não há como se limitar o exame da questão a partir tão-somente dos dois estatutos.

Inicialmente porque a definição do que seja “doação” deve, necessariamente, se vincular ao conceito legal do instituto, encontrada, como visto, no art. 538 do Código Civil Brasileiro de 2002, impondo-se, de outro lado, o exame do que se pretendeu com a edição da Lei Federal nº 9.504/97 (Lei Eleitoral), ao regulamentar, no particular, o **financiamento** das campanhas eleitorais.

3. O instituto da doação, como visto, encontra-se claramente definido no art. 538 do atual Código Civil Brasileiro, literalmente nos mesmos termos em que já o havia sido pelo Código Civil anterior, *verbis*:

“Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”.

**Clovis Bevilacqua**, ao comentar o art. 1.165 do Código Civil de 1916, de idêntica redação do art. 538, assim se posicionou:

“O art. 1.165 nos oferece uma definição legal satisfatória de doação. Ali se acentuam: a) a natureza contratual, o que pressupõe capacidade do doador e objeto lícito; b) o ânimo liberal; c) **a translação do direito do patrimônio do doador para o do donatário**; d) a aceitação deste”. (in: *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Ed. Histórica, 2. tiragem, Ed. Rio, 1976, p. 270).

**Caio Mário da Silva Pereira** (in: *Instituições de direito civil*, 7. ed. 1984, v.3, p. 167) igualmente assim se posiciona, a partir do exame que fez, ressalte-se, do mesmo art. 1.165, *verbis*:

“A definição do Código Civil, com que abrimos este capítulo, encerra todos os elementos deste negócio jurídico, a saber:

1 - Contrato. Ante a divergência de conceito como ato de aquisição da propriedade ou como contrato, predomina esta última característica, à vista do acordo de vontades.

2 – Liberalidade. É fator essencial e específico do seu conteúdo.

3 – **Transferência de bens ou vantagens de um patrimônio a outro.**

Para que haja a doação, é indispensável esta mutação ou movimento. Tem de haver um deslocamento do bem, com empobrecimento do doador e enriquecimento do donatário. Não procede a argumentação de Ascoli, em sentido contrário, como demonstrou otimamente Serpa Lopes. Se não houver a translação do valor econômico, doação inexistente, ainda que esteja presente uma intenção liberal: a remissão de uma dívida beneficia o devedor; a renúncia de um direito favorece o obrigado; mas não são doações, porque o débito remitido como o direito renunciado não envolvem aquela transferência bonitária essencial. Sem dúvida que o direito conhece diversas atribuições a título gratuito, mas não serão tidas como doações se não estiver configurada a transferência do bem”.

**Miguel Maria de Serpa Lopes** (in: *Curso de direito civil*, 6. ed. Freitas de Barros, 1996, v. 3), além de se posicionar no mesmo sentido, aponta que, *verbis*:

“Savigny definiu-a como um negócio jurídico inter vivos, dotados destes dois característicos: o de enriquecer alguém por isso que um outro perde qualquer coisa e o da vontade deste outro, destinada diretamente a esse enriquecimento mediante a própria perda”.

**Luiz da Cunha Gonçalves** (in: *Tratado de direito civil*, em comentário ao Código Civil Português, 2. ed. portuguesa e 1. ed. brasileira, Max Limonada, 1956, p. 80, v. 8) ao se referir a dispositivo correspondente ao art. 1.165 do *Código Civil Brasileiro* de 1916), destacou ser requisito essencial para a caracterização do instituto a transferência de bens, *verbis*:

“2º É **transferência de bens** – Indispensável é que certa coisa, de valor pecuniário, existente no patrimônio do doador, se **transfira, sem contra-prestação, ao patrimônio do destinatário, aumentando-o na mesma proporção em que fica aquele diminuído, numa relação de causa e efeito...**”.

**Washington de Barros Monteiro** (in: *Curso de direito civil*, São Paulo, Saraiva, 1976-1977, p. 117-118) igualmente destaca a traslação da propriedade como elemento objeto do contrato de doação, *verbis*:

“Reclama a traslação de alguma coisa, ou de algum direito, do patrimônio do doador para o do donatário, ainda que de valor insignificante. Ao **empobrecimento do primeiro deve responder correlato enriquecimento do segundo.**

(...)

O segundo elemento (objetivo) é a diminuição havida no patrimônio do doador; por assim dizer, constitui a contrapartida do *animus donandi*”.

Para não alongar, não há, quer na doutrina como na jurisprudência, posicionamento contrário ao que acima destacado, com o que possível uma primeira conclusão: não há como falar em doação sem que ocorra translação patrimonial, com decréscimo do patrimônio do doador e acréscimo do patrimônio do donatário.

Assim, fixado o conceito de doação, claro, aliás, no Código Civil, necessário saber se a **doação para campanha eleitoral**, a que se refere a Lei Federal nº 9.504/97, também por ela considerada como contribuição, caracterizaria o instituto em questão, inclusive e notadamente para fins de atribuição de pertinência a pretensão fiscal relacionada ao ITCD.

4. Do exame sistemático e teleológico que se faça da Lei Federal nº 9.504/97, notadamente quando dispõe acerca “**Da Arrecadação e da Aplicação de Recursos nas Campanhas Eleitorais**”, a despeito das várias referências que expressamente faz a “doações”, muito embora, como visto, adote também, como equivalente, o termo “contribuições”, não se encontra, nela, qualquer dispositivo que permita a conclusão de que tais “doações” ou “contribuições” tenham, como destinação, o enriquecimento do candidato, vinculado a acréscimo patrimonial decorrente do recebimento dos recursos correspondentes, de tal modo que pudesse resultar, daí, a caracterização da doação a que se refere o Código Civil Brasileiro, assim como a ocorrência de fato determinante de geração de tributo, mais precisamente do ITCDD.

Ao contrário, seus dispositivos, de natureza restritiva, buscam, exatamente, estabelecer procedimentos objetivos que inviabilizem ou impeçam o acréscimo patrimonial do cidadão, circunstancialmente na condição de candidato.

De início, cabe ser destacado que a lei em questão regulamenta, expressamente, no seu art. 17, o financiamento das campanhas eleitorais, para fazer face às despesas inerentes ao processo, imprescindível, aliás, para a manutenção do estado democrático de direito, considerado o modelo para tanto adotado.

Dispõe sobre limites de gastos da campanha, impondo aos partidos a obrigação de comunicarem “os valores máximos de gastos que farão por cargo eletivo” (art. 18), com penalidades para o caso de superação dos mesmos (§ 2º, do art. 18).

Impõe, ao candidato a cargo eletivo (cf. art. 20), a obrigação, diretamente ou por intermédio de pessoa por ele designada, quanto à administração financeira de sua campanha, “usando recursos repassados pelo comitê, inclusive os relativos à cota do Fundo Partidário, recursos próprios ou doações de pessoas físicas ou jurídicas, na forma estabelecida nesta lei”, sendo pessoalmente responsável pela veracidade das informações financeiras e contábeis da campanha.

Estabelece, no seu art. 22, ser “obrigatório para o partido e para os candidatos abrir conta bancária específica para registrar todo o movimento financeiro da campanha”, com previsão, no § 3º do mesmo artigo, de que “o uso de recursos financeiros para pagamentos de gastos eleitorais que não provenham da conta específica de que trata o caput deste artigo implicará a desaprovação da prestação de contas do partido ou candidato”, com o acréscimo de que “comprovado o abuso de poder econômico, será cancelado o registro da candidatura ou cassado o diploma, se já houver sido outorgado”.

Impõe, ainda, no seu art. 22-A, que “Candidatos e Comitês financeiros estão obrigados à inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ”.

Nesse ponto, a propósito, pertinente mencionar as seguintes disposições contidas na CARTA CIRCULAR Nº 3.551, de 15.5.2012, do BANCO CENTRAL DO BRASIL, que “esclarece acerca da abertura, da movimentação e do encerramento de contas de depósitos à vista específicas para a campanha eleitoral de 2012”, *verbis*:

“Art. 5º As contas eleitorais devem ser identificadas, adicionalmente, com a seguinte terminologia: I – *omissis*;

II - no caso de candidato, com a denominação "ELEIÇÃO 2012 – nome do candidato – cargo eletivo”;

(.....)

Art. 9º As contas eleitorais de candidatos e de comitês financeiros devem ser encerradas até 30 de dezembro de 2012 com a devolução obrigatória dos cheques não emitidos, se for o caso, e com a liquidação ou a transferência de eventual saldo para a conta de depósitos do partido ou da coligação mencionada no RACE, em

conformidade com o que dispõem o art. 31 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, e art. 39 da Resolução TSE nº 23.376, de 2012.”

Pertinente, igualmente, as disposições contidas na Instrução Normativa Conjunta RFB / TSE nº 1.019, de 10.3.2010, alterada pela Instrução Normativa RFB nº 1.179, de 2.8.2011, *verbis*:

“Art. 1º Estão obrigadas à inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), na forma estabelecida por esta Instrução Normativa, as seguintes pessoas físicas e entidades:

I - candidatos a cargos eletivos, inclusive vices e suplentes;

II - comitês financeiros dos partidos políticos.

§ 1º A inscrição de que trata este artigo destina-se à abertura de contas bancárias e ao controle de documentos relativos à captação, movimentação de fundos e gastos de campanha eleitoral.

§ 2º A natureza jurídica a ser atribuída na inscrição cadastral será:

I - para os comitês financeiros dos partidos políticos: 399-9 - Associação Privada;

II - para os candidatos a cargos eletivos: 409-0 – Candidato a Cargo Político Eletivo.

(.....)

Art. 2º A Secretaria de Tecnologia da Informação do Tribunal Superior Eleitoral (STI/TSE) encaminhará, em cada eleição, observados o cronograma e os procedimentos estabelecidos pelo TSE, à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) relação das pessoas e entidades mencionadas nos incisos I e II do caput art. 1º, por meio eletrônico, de acordo com modelo a ser fornecido pela RFB, dispensada qualquer outra exigência para efetivação das inscrições no CNPJ.

§1º. *Omissis*;

§2º. No caso de eleição ordinária, a denominação a ser utilizada como nome empresarial, para fins de inscrição no CNPJ, deverá conter:

I - para os candidatos a cargos eletivos, inclusive vices e suplentes, a expressão "ELEIÇÃO - (ano da eleição) - (nome do candidato) - (cargo eletivo)";

(.....)

Art. 5º Os candidatos a cargos eletivos, inclusive vices e suplentes, e os comitês financeiros dos partidos políticos, de posse do número de inscrição no CNPJ, obtido mediante consulta aos endereços referidos no art. 4º, deverão providenciar abertura de contas bancárias destinadas à arrecadação de fundos para financiamento da campanha eleitoral.

(.....)

Art. 7º As inscrições realizadas na forma desta Instrução Normativa serão canceladas de ofício:

I - no caso de eleição ordinária, no dia 31 de dezembro do ano em que foram feitas;

II - no caso de eleição suplementar, no último dia do 6º (sexto) mês subsequente à inscrição.

Art. 8º As inscrições e os cancelamentos de ofício de que trata esta Instrução Normativa serão efetuados automaticamente pela RFB.”

A tramitação dos recursos arrecadados na conta bancária aberta pelo candidato é imprescindível para a “prestação de contas” do que se arrecadou e do que se gastou na campanha eleitoral, sendo por isso pertinente a indicação do seguinte julgado do col. Tribunal Superior Eleitoral, *verbis*:

“(.....) Prestação de contas. Candidato. Desaprovação. Arrecadação de recursos antes da abertura de conta bancária. Recursos que não transitaram em conta bancária. [...] Contas desaprovadas em razão de arrecadação de recursos financeiros antes da abertura da conta bancária e porque a totalidade dos recursos por ela não transitou. – É obrigatório para o partido político e para os candidatos abrir conta bancária específica para registrar todo o movimento financeiro da campanha (art. 22 da Lei nº 9.504/97). (.....)” (Ac. de 17.4.2007 no AgRgAg nº 6.226, rel. Min. Gerardo Grossi.)

Voltando ao exame da Lei Federal nº 9.504/97, tem-se ainda que a mesma disciplina como podem ser feitas contribuições a partidos ou a candidatos, estabelecendo que “*Toda doação a candidato específico ou a partido deverá ser feita mediante recibo, em formulário impresso ou*

*em formulário eletrônico, no caso de doação via internet, em que constem os dados do modelo constante do Anexo...”, com o acréscimo de que “As doações de recursos financeiros somente poderão se efetuadas na conta mencionada no art. 22 desta lei”, com a observância das condicionantes que prevê (cheques cruzados e nominais; transferências eletrônicas, identificação do doador, emissão obrigatória de recibo, etc).*

Relaciona, no seu art. 24, as pessoas ou entidades que não podem fazer doações para campanhas; relaciona quais são os gastos considerados como eleitorais (art. 26); impõe a obrigatoriedade de prestação de contas, ao término da campanha (art. 28), etc.

Dispõe, ainda, sobre a sobra de recursos, conforme previsto no seu art. 31, que novamente comporta ser transcrito, *verbis*:

“Art. 31. Se, ao final da campanha, ocorrer sobra de recursos financeiros, esta deve ser declarada na prestação de contas e, após julgados todos os recursos, transferida ao órgão do partido na circunscrição do pleito ou à coligação, neste caso, para divisão entre os partidos que a compõem.

Parágrafo único. As sobras de recursos financeiros de campanha serão utilizadas pelos partidos políticos, devendo tais valores ser declarados em suas prestações de contas perante a Justiça Eleitoral, com a identificação dos candidatos.”

Cabe ser destacado, aliás, que o próprio candidato, observadas as limitações legais, pode fazer aportes, para a conta específica da campanha, de recursos próprios, sendo certo que em havendo sobras não tem a faculdade de recompor o seu patrimônio, mediante o reembolso do aporte feito, na medida em que ditas sobras, como visto, necessariamente devem ser transferidas “ao órgão do partido na circunscrição do pleito ou à coligada, neste caso, para divisão entre os partidos que a compõem”, decorrendo de todo o quadro acima referido que não há como, a partir da lei em tela, se falar em acréscimo patrimonial do candidato que receba recursos através das “doações” ou “contribuições” a que se refere a norma de regência.

Em síntese, e igualmente para não se alongar, o que buscou a lei em questão foi, efetivamente, regulamentar, no âmbito do território nacional, o financiamento das campanhas eleitorais, e tão-somente isso, e não viabilizar enriquecimento pessoal de candidatos, a partir do instituto da doação a que se refere o Código Civil Brasileiro, mesmo porque teve o legislador, como visto, a cautela de estabelecer regramentos rígidos exatamente com o intuito de evitar dito enriquecimento ou acréscimo patrimonial de candidatos.

Tem-se, portanto, não ser plausível concluir que o legislador, ao editar a Lei nº 9.504/97, tenha tido o intuito de alterar (como não fez, e nem poderia) a natureza jurídica do instituto da doação, tal como decorrente da previsão contida no art. 538 do Código Civil em vigor.

E tanto isso é certo que a jurisprudência do col. Tribunal Superior Eleitoral considera como “doação”, para fins eleitorais, o “valor estimável” da “cessão de uso de imóvel” à campanha, assim como do “valor estimável” de “comodato” (“cessão de uso” e “comodato” não configuram “doação”), sem que isso implique na alteração de tais institutos de direito civil.

Veja, a propósito, o seguinte precedente daquele col. Tribunal Superior Eleitoral, *verbis*:

“ELEIÇÕES 2010. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. CANDIDATO. DEPUTADO FEDERAL. CESSÃO DE USO. IMÓVEL. CAMPANHA. VALOR ESTIMÁVEL EM DINHEIRO NÃO REVELADO. NECESSIDADE PARA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE A SER AFERIDO PELA CORTE DE ORIGEM. DESPROVIMENTO.

1. É necessário saber o valor estimável em dinheiro da cessão de uso de imóvel emprestado por terceiro a candidato para aferir sua significância em relação ao total dos recursos arrecadados em campanha e a possibilidade de aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, cuja competência para aferir é da Corte de origem, sob pena de supressão de instância.
2. Agravo interno desprovido”. (TSE, AgR-REspe n° 6070-40.2010.6.05.0000/BA, rel. Ministro Gilson Dipp, julg. 9.8.2012).

No caso acima citado o col. TSE “*determinou ao Tribunal de origem que se manifestasse sobre a regularidade das contas, de forma a se aferir se o valor estimável da cessão de uso de imóvel à campanha é significativo em relação ao montante arrecadado, a ponto de ensejar a rejeição das contas, ou se permite sua aprovação com ressalva*”. (g.n.).

Pertinente a transcrição da seguinte passagem do d. voto proferido pelo Min. ARNALDO VERSIANI, *verbis*:

“Examinei a decisão de Sua Excelência e li também o trecho do acórdão regional. Realmente, não é muito explícito em seu exame. O ponto central da questão é que o candidato teria utilizado cessão de bem para o seu comitê e esse bem não pertenceria ao doador. A doação, entretanto, foi representada por recibo eleitoral normalmente, pelo valor de quinze mil reais, que não é muito significativo se comparado ao montante da campanha, cerca de três milhões de reais”. (g.n.)

Na mesma linha o seguinte julgado do col. Tribunal Superior Eleitoral, desta feita enfrentando o “comodato”, instituto igualmente de direito privado, assim ementado, *verbis*:

“Representação. Doação. Pessoa jurídica

1. A Corte de origem assentou a tempestividade dos embargos de declaração, opostos naquela instância, por não existir nos autos comprovante da data de ciência do Ministério Público Eleitoral acerca do julgamento da representação, estando, portanto, preclusa a sua análise por meio de certidão apresentada somente com o recurso especial.
2. Assentado pelo acórdão regional que houve doação por pessoa jurídica de bem estimável em dinheiro, por meio de contrato de comodato, para campanha eleitoral, supostamente acima do limite legal, não há falar em atipicidade da conduta. Agravo regimental não provido”. (TSE, AgR-REspe n° 28.790 - 4720286.2008.6.00.0000/MG, rel. Min. ARNALDO VERSIANI, julg. 15.12.2011).

No caso cotado o col. TSE enfrentou recurso interposto contra decisão do eg. TRE/MG que entendera, *verbis*:

“(.....)

Desse modo, constato que houve empréstimo de imóvel, sob o regime de comodato, considerado como doação estimável em dinheiro e, por essa razão, sujeito aos limites legais fixados.

No entanto, o art. 81, § 1º, da Lei das Eleições impõe o confronto entre o valor doado (nesse caso, doação estimável em dinheiro) e o faturamento bruto do ano anterior à eleição, equação legal impossível de ser realizada no caso telado, devido à inexistência de faturamento por parte da representada no exercício de 2005 conforme DIPJ acostada às fls. 60170.

Entendo, assim, que a causa de pedir não se subsume perfeitamente à normatividade do art. 81, §§ 2º e 3º, da Lei n° 9.504/97, sendo a conduta da representada atípica”. (g.n.)

Todavia, entendendo de forma diversa, no col. TSE o Min. ARNALDO VERSIANI, em decisão individual (alvo de recurso de agravo, confirmada pelo colegiado) deu provimento ao recurso Ministério Público Eleitoral “*para reformar o acórdão regional, determinando o retorno dos autos à Corte de origem para que, afastado o fundamento de atipicidade da conduta, prossiga no exame da representação, como entender de direito*”, de cuja fundamentação mostra-se pertinente a transcrição da seguinte passagem, *verbis*:



“Segundo o acórdão regional, a recorrida fez doação estimável em dinheiro de R\$ 90.000,00 ao candidato (.....), por meio de contrato de comodato. Tenho que o limite fixado pelo §1º do art. 81 da Lei das Eleições engloba tanto a doação em dinheiro quanto bem ou serviço estimável em dinheiro. Anoto que o art. 14 da Res.-TSE nº 22.250/2006, expressamente, previu tanto para as pessoas físicas quanto para as pessoas jurídicas a possibilidade de doação para as campanhas eleitorais de bem e serviços estimáveis em dinheiro, *verbis*:

Art. 14. A partir do registro dos comitês financeiros, pessoas físicas e jurídicas poderão fazer doações mediante cheque ou transferência bancária, ou ainda em bens e serviços estimáveis em dinheiro, para campanhas eleitorais. As doações e contribuições ficam limitadas (Lei nº 9.504/97, arts. 23, § 1º, I e II e 81, § 1º):

I - a 10% dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição, no caso de pessoa física;

II - a 2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição, no caso de pessoa jurídica;

[ ... ] (grifo nosso)

Desse modo, não há falar em atipicidade da conduta”.

Ou seja, tanto a “cessão de uso” como o “comodato”, institutos de direito privado, pelo fato de possuírem “valor estimável em dinheiro”, são considerados, para fins eleitorais (basicamente para aferir se foram observados os limites fixados pelo §1º do art. 81 da Lei das Eleições) como “doação”, devendo ter seu valor declarado, com emissão do recibo eleitoral e a contabilização da referida “doação” na prestação de contas do candidato.

Constata-se, do exposto, ser correto afirmar que a “doação” para fins eleitorais não é a mesma “doação” do direito privado.

E isso quem o diz é o próprio col. Tribunal Superior Eleitoral, conforme registra a Resolução nº 14.385-DF, rel. o Min. Carlos Velloso (DJ de 2.8.94), *verbis*:

“(.....)

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO (Relator): Senhor Presidente, a Procuradoria-Geral Eleitoral assim se pronunciou às fls. 12/14:

“2. As indagações têm como inspiração o disposto no artigo 45, incisos III, VI e VII, da Lei nº 8.713/93, *verbis*:

‘É vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive através de publicidade de qualquer espécie, procedente de:

III - concessionário ou permissionário de serviço público federal, estadual, distrital ou municipal;

VI - entidade de classe ou sindical;

VII - pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior”.

3.

A consulta, no tocante aos dois primeiros itens, não deve ser conhecida. É que há nessa Corte procedimento (Processo nº 204/94 - CGE) cuja solução envolve a interpretação do referido artigo 45, da Lei nº 8.713/93, especificamente no tocante aos aspectos objeto das referidas indagações, de modo que a resposta constituiria prejulgamento.

4. A expressão doação utilizada no referido artigo 45 não tem, ao que penso, o significado preciso e estrito ministrado pelo Direito Civil como sustenta o consulente, a exigir inclusive o *animus donandi*. Doação, para a Lei em causa, é toda contribuição objetivamente prestada à campanha eleitoral que importe em desfalque patrimonial para quem contribui.

5. Não creio, por isso, que as entidades arroladas nos incisos III, VI e VII estejam impedidas de celebrar contratos onerosos com candidatos ou partidos, desde que a onerosidade reflita o valor real do bem ou serviço objeto do contrato, precaução indispensável para evitar a violação indireta da vedação legal. A proibição diz respeito apenas aos atos de liberalidade.

Assim sendo, o parecer é no sentido de que não se conheça da consulta quanto às duas primeiras indagações e que seja respondida positivamente a última."

Isto posto, **adotando as razões expostas no Parecer da Procuradoria-Geral Eleitoral**, voto no sentido de que não se conheça da consulta quanto às duas primeiras indagações **e que seja respondida positivamente à última**.  
(.....)."

5. Não obstante – pode-se assim dizer – a “inadequada” utilização do termo “doação” (instituto de direito privado que não tem a conotação prevista na legislação eleitoral) pela Lei nº 9.504/97, o que se tem a examinar é se a “doação” ou mesmo a “contribuição” nela mencionadas, destinadas ao financiamento de campanha eleitoral, é alcançada pelo ITCD, que a Constituição Federal, no art. 155, I, autorizou os Estados instituírem.

Para tanto, necessário que, além da interpretação integrativa e sistemática da legislação, se proceda à interpretação do próprio “contrato”, visando com isso verificar a real intenção das partes: acréscimo patrimonial do donatário ou financiamento de campanha eleitoral. Na primeira hipótese, ter-se-ia, sem dúvida, uma verdadeira doação, aquela regulada pelo direito civil (e por via de consequência, tributável pelo ITCD); na segunda hipótese, não haveria acréscimo patrimonial, não se cogitando em doação, ausente o elemento objetivo da doação regulada pelo direito civil, fora, por via de consequência, do campo de incidência do ITCD.

A propósito da interpretação dos contratos, SILVIO RODRIGUES ensina que, *verbis*:

“Como todo ato jurídico que é, o contrato tem por mola propulsora a vontade das partes, de maneira que, para descobrir o exato sentido de uma disposição contratual, faz-se mister, em primeiro lugar, verificar qual a intenção comum dos contratantes. Esta é, teoricamente, a finalidade da exegese”. (in: *Direito civil*, 6. ed. São Paulo, Saraiva, 1975-1977, v. 3, p. 51).

No caso em exame, pode-se afirmar que a vontade do “doador” (aquele que contribui com recursos, seja em dinheiro ou bens estimáveis em dinheiro, para o financiamento de campanha eleitoral), não é a de enriquecer ou crescer bens ao patrimônio do “donatário” (o candidato a cargo eletivo que arrecada recursos para financiamento de sua campanha eleitoral) às custas de seu empobrecimento ou diminuição patrimonial, assim como não o é também a vontade do “donatário” (que visa arrecadar recursos para financiamento de sua campanha eleitoral e não para acréscimo patrimonial próprio). Logo, considerando a vontade das partes, de doação não se cuida, nos moldes previstos no Código Civil, estando ausente, portanto, tanto o elemento subjetivo como o objetivo de tal contrato. A propósito, conforme ensinam Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Melo (Impostos: federais, estaduais e municipais, 3. ed. revisada e atualizada, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 524-525), “*em se tratando de ITCMD, 'o que se tributa são os acréscimos patrimoniais obtidos pelos donatários, herdeiros (inclusive meeiros, sendo o caso) e legatários' (524-525).*”

6. Ainda que se pudesse desconsiderar a vontade das partes, e sendo certo que o conceito de “doação”, instituto de direito privado, é dado pelo Código Civil, é a ele que se deve recorrer no momento de interpretar a norma tributária, conforme dispõem os arts. 109 e 110 do CTN, pois, para fins de tributação, conforme preconiza a jurisprudência do col. Superior Tribunal de Justiça, o que importa é a essência do negócio jurídico existente à luz do Direito Privado (Precedentes: REsp nº 1.120.199/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Turma, DJe 01/07/2010; REsp nº 1.107.518/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe 25/08/2009; REsp nº 1.013.458/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 18/02/2009).

Portanto, e como já visto, o conceito da expressão "doação" tem particular importância para o presente estudo, ante o fato de o direito tributário ser regido pelo princípio da legalidade estrita.

É fato irrecusável que a Constituição, quando atribui competência ao Estado para tributar "doação", exige que só se alcancem, mediante incidência do ITCD/doação, os atos que se possam qualificar, juridicamente, como "doação", como instituto de direito privado.

Nesse sentido ensinam LEANDRO PAULSEN e JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO (in: *Impostos: federais, estaduais e municipais...* 3.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007), *verbis*:

“(.....)

Relativamente ao item II (doação), aplicam-se os conceitos de direito privado, tendo o Código Civil (art. 538), estabelecido como doação "o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra".

Como o imposto incide sobre 'transmissão (gratuita) de qualquer bem ou direito', é imprescindível que ocorra a mudança (jurídica) de sua titularidade, da pessoa do doador para o donatário, com espírito de liberalidade, e efetivo *animus donandi*, mediante empobrecimento do doador e enriquecimento patrimonial do donatário.”

Não é, todavia, o que ocorre no caso em estudo, pois conforme restou demonstrado linhas acima, não se cuida na espécie da doação de que trata o art. 538 do CCB/2002.

Na realidade, o que a Lei Eleitoral registra como sendo "doação", de doação nada tem, sendo mais adequado falar-se em "contribuição" (termo, como já dito, também utilizado na referida lei) para financiamento de campanha eleitoral, cujo destino não é aumentar o patrimônio do candidato, mesmo porque, havendo sobras, devem os recursos captados ser transferidos para o partido político ou para a coligação, para divisão entre os partidos que a compõem, para posterior destinação, conforme prescreve a legislação de regência (Lei nº 9.504/97, art. 31, *caput* e parág. único)

A tal conclusão se chega em vista do disposto nos arts. 109 e 110 do CTN e no que a respeito de tais dispositivos ensina a doutrina e proclama a jurisprudência, sendo necessário, ainda, registrar que enquanto o art. 109 se dirige ao interprete e aplicador da lei, o art. 110 dirige-se ao legislador.

Vejamos, inicialmente, o que diz o art. 110 do Código Tribunal Nacional (CTN), *verbis*:

“Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

Com tal dispositivo legal encontra-se de conformidade a legislação do Estado de Minas Gerais a respeito do ITDC, conforme o disposto no art. 1º, §3º, da Lei Estadual nº 14.941/2003, *verbis*:

“Art. 1º O Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD - incide:

(.....)

§ 3º Para os efeitos deste artigo, considerar-se-á **doação** o ato ou fato em que o **doador**, por liberalidade, **transmitir** bem, vantagem ou direito **de seu patrimônio ao donatário**, que o aceitará expressa, tácita ou presumidamente, incluindo-se a doação efetuada com encargo ou ônus'. (g.n.)

Vê-se, portanto, que o legislador estadual acolheu o conceito de doação do direito privado previsto no art. 538 do CCB/2002 (e nem poderia ser de forma diversa), ou seja, a transmissão da propriedade do doador para o donatário (empobrecimento de um e enriquecimento de outro). Ou seja, a lei tributária do ITCO não alterou “*a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado*” (apenas não exige a formalidade prevista no art. 541 do CCB/02). Logo, a arrecadação de recursos para financiamento de campanha eleitoral não configura doação, não incidindo, portanto, o ITCO. Ausente o elemento objetivo da doação.

Já o art. 109 do Código Tributário Nacional dispõe o seguinte, *verbis*:

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

Sobre o dispositivo acima citado, pertinente mencionar o entendimento da melhor doutrina, *verbis*:

**Ruy Barbosa Nogueira** (in: *Da interpretação e da aplicação das leis tributárias*, 2. ed. rev. e aum. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1965, p. 51-58), com toda autoridade, ensina, *verbis*:

“78. Na interpretação dos conceitos e institutos jurídicos deve-se partir da autonomia do Direito Tributário, porém, sem perder de vista que o Direito Tributário é uma parte do Direito e que, ao contrário de supostos conflitos com o Direito Privado, ele tem e deve ter com este, como com os demais ramos do Direito, relações múltiplas e harmônicas. Passemos, pois, a estudar o conteúdo desse problema e sua solução.

79. Se tivermos presente que o Direito Tributário é uma ciência jurídica e que tem por finalidade disciplinar um campo de conteúdo essencialmente econômico, isto é, que os tributos são formalmente categorias jurídicas e são substancialmente fenômenos econômicos, facilmente poderemos compreender que esse decantado conflito entre ele e o Direito Privado é apenas aparente.

80. O Direito Tributário tem por campo as relações obrigacionais entre fisco e contribuinte. As características de seu objeto material estão, pois, bem delineadas: é um ramo jurídico que disciplina as relações entre o fisco e o contribuinte, que são direitos e obrigações de ordem pública e de natureza econômica.

81. O Direito Privado, especialmente o Direito Civil, “regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações” (art. 1º do Código Civil). Embora o Direito Tributário discipline um campo específico e com finalidade inteiramente diversa, ele e o Direito Privado não deixam de ser ambos ciência jurídica - Direito.

82. Ora, como o Direito Privado, de elaboração mais antiga, já criou muitas categorias, entre as quais também várias de conteúdo econômico, dando-lhes estrutura jurídica, ou seja, já tendo o Direito Privado criado formas jurídicas para muitos dos mesmos fenômenos econômicos que também devem ser objeto de consideração do Direito Tributário, surge um aparente conflito: as formas de Direito Privado se impõem ao Direito Tributário, ou melhor, a configuração dos mesmos fenômenos econômicos feita pelo Direito Privado são aplicáveis no campo do Direito Tributário?

83. A solução decorre da natureza das coisas. O Direito Privado, ao criar suas formas, partiu da consideração de estar regulando relações entre indivíduos e portanto procurando dar a forma adequada para obter os efeitos jurídicos desejados neste tipo de relação humana.

Como esclarece CLÓVIS BEVILÁQUA, "por Direito Privado entende-se o que organiza o conjunto das relações, que constituem a vida social do homem considerado como indivíduo". E, ainda, "Direito Civil, no sentido objetivo, é o complexo de normas jurídicas relativas às pessoas, na sua constituição geral e comum, nas suas relações recíprocas de família e em face dos bens considerados em seu valor de uso".

Já o Direito Tributário parte da consideração de que está regulando uma relação entre os indivíduos e o fisco, e portanto deve procurar a forma mais adequada para obter os efeitos jurídicos desejados neste tipo de relação, efeitos esses que consistem não só em obter a segurança jurídica, mas também atingir a capacidade econômica dos contribuintes. Em resumo: impor os tributos proporcionalmente, e dentro do Direito.

84. O escopo do Direito Tributário material é, portanto, alcançar juridicamente a capacidade econômica do contribuinte. Logo, em princípio, não pode haver conflito entre os direitos materiais privado e tributário, posto que cada qual tem objetivos diferentes e a maneira ou prisma que cada um possa tratar um mesmo objeto material também é diversificada.

85. Daqui temos que o Direito Tributário sendo, como é, um ramo jurídico autônomo, com objeto formal e material próprios, é a ele que compete criar e regular as relações tributárias e portanto lhe cabe, em princípio, a missão de elaborar suas próprias formas jurídicas. Já vimos mesmo que ele não só possui princípios próprios, institutos, como até uma sistemática.

86. Ocorre, entretanto, que além dos específicos, há princípios e institutos gerais ou comuns do Direito, e mais ainda, às vezes um instituto originariamente de um ramo pode servir a outro, porque a estrutura que lhe deu seu respectivo ramo, serve também para objetivos visados por outro ramo. Deparamos neste caso com uma coincidência de formas. Daí ocorrer no campo das relações das ciências um verdadeiro empréstimo de formas. Todavia, neste momento, o que se tem em vista esclarecer, já não é propriamente o problema das relações ou colaboração das várias ciências, quando emprestam suas categorias, porém, mais intimamente, se as categorias, os conceitos, as formas do Direito Privado são como Direito Privado vinculantes dentro do Direito Tributário; se o Direito Tributário se subordina, nesses pontos de interpenetração, ao Direito Privado.

87. Como dissemos, a solução decorre da natureza das coisas. Conhecida a natureza de cada um desses Direitos, é o exame de cada caso que nos pode esclarecer se no ponto questionado estamos em face de:

1° um instituto de pura estrutura de Direito Privado;

2° se de estrutura mista, isto é, alterada pelo Direito Tributário, ou ainda,

3° se de exclusiva estrutura de Direito Tributário.

Essa análise prévia, no momento da interpretação, é relevante para que o hermeneuta possa saber em que fonte se terá de abeberar para apreender e bem interpretar, na sua plenitude, a respectiva categoria jurídica.

Para maior clareza, passemos a examinar cada uma das hipóteses:

#### **1° OS INSTITUTOS ESTRUTURADOS PELO DIREITO PRIVADO E SUA TRIBUTAÇÃO OU SUA UTILIZAÇÃO COMO VEÍCULO DA INCIDÊNCIA**

88. Em primeiro lugar, é preciso lembrar e distinguir o caso da tributação sobre a transação jurídica ou o negócio jurídico, em que o Direito Tributário tem como objeto fiscal um evento do próprio Direito Privado.

Neste caso não pode haver dúvida de que a estrutura jurídica deve ser pesquisada no Direito Privado, pois o Direito Tributário está colocando como *typus* tributário o próprio *typus* do Direito Privado. Assim, por exemplo, quando a legislação do imposto do selo federal tributa nominalmente o "cheque", a "letra de câmbio", a "nota promissória", a "hipoteca" etc, ela tem como objeto o próprio ato jurídico ou instrumento do ato jurídico, criado e regulado pelo Direito Privado. Quando o chamado imposto do selo incide sobre o instrumento, o que é mais raro, o tributo é fixo ou em razão do formato do papel, da quantidade de folhas etc. Quando é sobre o ato jurídico, em geral já entra

em consideração o conteúdo econômico como medida da tributação e o imposto é proporcional ao valor, mas em ambos os casos estão expressamente citadas as categorias do Direito Privado e a ele se deve dirigir o intérprete para apurar as características do instituto. Isto é, nesses casos, é ao Direito Privado que compete esclarecer o que se entende por “cheque”, “letra de câmbio”, “nota promissória”, “hipoteca” etc. Por isso mesmo, nestes casos, cabe investigar se a lei fiscal adotou o princípio “documental” ou “negocial”.

89. Outras vezes, entretanto, a tributação deve incidir sobre fatos ou transações econômicas já configurados juridicamente pelo Direito Privado, e então cabe ao Direito Tributário verificar se a estrutura jurídica dada pelo Direito Privado serve igualmente aos efeitos a que ele Direito Tributário visa. Servindo, ele apenas cita ou arrola a categoria jurídica, embora visando a atingir o fato econômico que é conteúdo da categoria jurídica. Neste caso, temos também que a categoria de Direito Privado é aceita tal como já estruturada pelo Direito Privado, pois o Direito Tributário, embora não esteja tributando propriamente o evento do Direito Privado, está designando indiretamente o fato econômico por meio da estrutura de Direito Privado e portanto aceitando esta estrutura como hábil para alcançar o fato econômico que ele Direito Tributário quer atingir.

90. Assim, por exemplo, para tributar a operação econômica ou a circulação das mercadorias, já categorizada pelo Direito Privado como compra e venda ou consignação, a lei fiscal declara como fato gerador a venda ou a consignação de mercadorias, feita por comerciantes, industriais inclusive produtores. Naturalmente, citando essas categorias do Direito Comercial, o Direito Tributário manda que o intérprete se dirija a esse ramo quando necessite conhecer as características ou contornos desses institutos.

91. Portanto, em tais casos, a estrutura de Direito Privado desses institutos é evidentemente vinculante dentro do Direito Tributário, porque o Direito Tributário a adota”.

**Alfredo Augusto Becker** (in: *Teoria geral do direito tributário*, 3. ed. São Paulo, Lejus, 1998, p. 122-126) ensina, *verbis*:

“(.....)

Não existe um legislador tributarão (sic) distinto e contraponível a um legislador civil ou comercial. Os vários ramos do direito não constituem compartimentos estanques, mas são partes de um único sistema jurídico, de modo que qualquer regra jurídica exprimirá sempre uma única regra (conceito ou categoria ou instituto jurídico) válida para a totalidade daquele único sistema jurídico. Esta interessante fenomenologia jurídica recebeu a denominação de cânone hermenêutico da totalidade do sistema jurídico.

Com toda razão, o Professor da Universidade de Roma, Emilio Betti, especialista em hermenêutica, roga atenção para o deplorável fato de grande parte dos juristas ainda não terem demonstrado o mínimo indício de conhecer e compreender este fundamental cânone hermenêutico da totalidade do sistema jurídico.

Da fenomenologia jurídica acima indicada decorre o seguinte: uma definição, qualquer que seja a lei que a tenha enunciado, deve valer para todo o direito; salvo se o legislador expressamente limitou, estendeu ou alterou aquela definição ou excluiu sua aplicação num determinado setor do direito; mas para que tal alteração ou limitação ou exclusão aconteça é indispensável a existência de regra jurídica que tenha disciplinado tal limitação, extensão, alteração ou exclusão. Portanto, quando o legislador tributário fala de venda, de mútuo, de empreitada, de locação, de sociedade, de comunhão, e incorporação, de comerciante, de empréstimo, etc., deve-se aceitar que tais expressões têm dentro do Direito Tributário o mesmo significado que possuem no outro ramo do direito, onde originalmente entraram no mundo jurídico. Lá, por ocasião de sua entrada no mundo jurídico, é que houve uma deformação ou transfiguração de uma realidade pré-jurídica (exemplo: conceito de Economia Política; instituto da Ciência das Finanças Públicas).

Recomenda Luigi Vittorio Berliri o abandono, de uma vez para sempre, do arbitrário expediente de atribuir ao legislador tributário (como se fosse um outro legislador e ainda por cúmulo, ignorante de direito) uma linguagem sua própria que atribuiria a

palavra ou expressão que tem um bem preciso e conhecido significado jurídico, um esquisito significado novo de Direito Tributário.

“O “marido” de direito tributário - com razão adverte Luigi Vittorio Berliri - não pode ser outro que o marido do direito civil e canônico, isto é, aquele que é unido à mulher pelo vínculo do matrimônio. O “grau de oficial” ao qual se refere o art. 7º da lei do imposto de renda, não pode ser outro que aquele resultante dos regulamentos militares. Exatamente como a "maltose", o "tártaro" e o "cróton" aos quais as normas tributárias fazem referência (a propósito do imposto de fabricação sobre glicose e sobre óleos de sementes), não podem ser senão a maltose, o tártaro e o cróton da merceologia. Tanto não é possível pensar em um marido ("de direito tributário"), em uma enfiteuse, em uma servidão, em uma hipoteca ("de direito tributário"), em um oficial, em um domínio útil, em um débito quirografário ("de direito tributário"), quanto impossível seria pensar em uma maltose, em um tártaro, em um cróton ("de direito tributário").

"Mas dizer *a priori* e como regra geral, que - só porque a justificação do imposto é a existência de uma determinada capacidade contributiva - uma empreitada que produza efeitos econômicos análogos aos da venda deve, só por tal circunstância, ser tributada como venda porque demonstra uma igual capacidade contributiva, seria quase como dizer que um gato soriano deve ser considerado como um cão, para os efeitos da aplicação do imposto sobre cães, unicamente porque o imposto sobre cães é um imposto direto que percute a capacidade contributiva, e a posse de um gato soriano demonstra uma capacidade contributiva não menor que a demonstrada pela posse de um cão felpudo. É claro que um tal esquema lógico de raciocínio pode ser autorizado e concludente no plano econômico-financeiro, contudo é inadmissível no plano jurídico". O intérprete da lei tributária precisamente naquele momento em que cumpre com a exigência de integrar e completar a ideia (a regra jurídica) expressa na linguagem legislativa, precisamente neste momento deve lembrar-se que o direito tributário (salvo expressa disposição legal em contrário) aceitou e consagrou, sem deformação ou transfiguração, um princípio ou conceito já jurídico (a transfiguração ou deformação ocorreu quando, naquele outro ramo de direito, dito princípio ou conceito, entrou num mundo jurídico).

O costume de aceitar como coisa "óbvia" o pseudo-princípio de que a regra jurídica tributária teria finalidade diversa das regras jurídicas do direito privado, tem gerado múltiplas confusões e doutrinas contraditórias. A "obviedade", com que costuma ser

aceito este pseudo-princípio, vê o finalismo da regra jurídica tributária como se fosse uma espécie de divisor de águas: a incidência da regra jurídica tributária cairia de um lado; a incidência da regra jurídica do direito privado cairia do outro lado; e o incidir deste lado seria diferente do incidir naquele outro lado.

Ora, toda e qualquer regra jurídica tem o mesmo modo de incidir, ou melhor, tem a mesma estrutura lógica e atuação dinâmica: regra jurídica e sua hipótese de incidência ("fato gerador"); realizando-se a hipótese de incidência sobrevém a incidência da regra jurídica; em virtude desta incidência há a irradiação da eficácia jurídica (os efeitos jurídicos): a relação jurídica e seu conteúdo jurídico (direito e correlativo dever, pretensão e correlativa obrigação, ação e correlativa sujeição). Em resumo: as regras jurídicas que geram as relações jurídicas tributárias são regras jurídicas organicamente enquadradas num único sistema que constitui o ordenamento jurídico emanado de um Estado. Desta homogeneidade sistemática (homogeneidade essencial para o funcionamento de qualquer organismo e, portanto, essencial para a certeza do direito que deve derivar do organismo jurídico, decorre a consequência de que a regra de Direito Tributário ao fazer referência a conceito ou instituto de outro ramo de direito, assim o faz, aceitando o mesmo significado jurídico que emergiu daquela: expressão (fórmula ou linguagem literal legislativa), quando ela entrou para o mundo jurídico naquele outro ramo do direito. Somente, há deformação ou transfiguração pelo Direito Tributário, quando este, mediante regra jurídica, deforma ou transfigura aquele conceito ou instituto; ou melhor, quando o Direito Tributário cria uma nova regra jurídica, tomando como "dado" (matériaprima para elaboração da nova regra jurídica) o "construído" (o conceito ou instituto jurídico de outro ramo do direito)".

O i. Ministro **LUIZ GALLOTTI** (voto proferido no RE 71.758, STF, TP, DJ de 14.6.72), também merece citação no presente estudo, pela pertinência de seus ensinamentos, *verbis*:

“... é certo que podemos interpretar a lei, de modo a arredar a inconstitucionalidade. Mas interpretar interpretando e, não, mudando-lhe o texto, e, menos ainda, criando um imposto novo, que a lei não criou.

Como sustentei muitas vezes, ainda no Rio, se a lei pudesse chamar de compra o que não é compra, de importação o que não é importação, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário inscrito na constituição”. Ainda há poucos dias, numa carta ao eminente Ministro Prado Kelly, a propósito de um discurso seu sobre Milton Campos, eu lembrava a frase de Napoleão:

‘Tenho um amo implacável, que é a natureza das coisas’. Milton

Campos também era fiel a esse pensamento.

No caso, *data venia*, não posso ler o Decreto-lei 401 como dizendo o contrário do que diz. Ele declara que contribuinte é o remetente. Não posso ler: ‘contribuinte é o destinatário’. Ora, se pela lei, que não posso alterar, contribuinte é o remetente, e este não aufere renda, mas tem despesa (os juros que paga), não posso considerar devido o imposto de renda.

Considerar renda o salário foi uma contingência que surgiu, a partir da primeira grande guerra, para atender à premência orçamentária dos países que nela se empenharam. Isto considero admissível. É, no direito, o chamado ‘poder diabólico das ficções’. Mas dizer que despesa é renda jamais ocorreu a ninguém, nem poderia, por contrariar a essência das coisas. E isto, penso eu, a lei não pode fazer, como não pode mudar o sexo das pessoas, conforme foi dito em relação ao todopoderoso Parlamento da Grã-Bretranha.

Restaria a possibilidade de se considerar a existência, no caso, de outro imposto, que não o de renda, mas, para isso, a lei teria que criar esse outro imposto, com a respectiva alíquota, o que não fez.

(.....)”.

7. A jurisprudência tem se pronunciado na mesma linha da doutrina acima mencionada, sendo importante, para melhor compreensão da questão em exame, a indicação dos seguintes julgados, *verbis*:

“TRIBUTO - FIGURINO CONSTITUCIONAL. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - CONTRATO DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. **Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional.** (STF, Tribunal Pleno, RE 116.121/SP, relator p/ acórdão Min. Marcelo Aurélio, public. DJ de 25/05/2001, página 17).

No julgado acima citado os votos proferidos pelos Ministros Marco Aurélio (relator para o acórdão) e Celso de Mello são por demais esclarecedores, merecendo transcrição, *verbis*:

“Na espécie, o imposto, conforme a própria nomenclatura revela e, portanto, considerado o figurino constitucional, pressupõe a prestação de serviços e não o contrato de locação. Indago se, no caso, o proprietário do guindaste coloca à disposição daquele que o loca também algum serviço. Penso que não. Creio que aí se trata de locação pura e simples, desacompanhada, destarte, da prestação de serviços. Se houvesse o contrato para essa prestação, concluiria pela incidência do tributo. Em face do texto da Constituição Federal e da legislação complementar de regência, não tenho como assentar a incidência do tributo, porque falta o núcleo dessa incidência, que são os serviços. Observem-se os institutos em vigor tal como se contêm na legislação de regência. As definições de locação de serviços e locação de móveis vêm-nos do Código Civil e, aí, o legislador complementar, embora de forma desnecessária e que somente pode ser tomada como pedagógica, fez constar no Código Tributário o seguinte preceito:

Art. 110 A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas



Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

O preceito veio ao mundo jurídico como um verdadeiro alerta ao legislador comum, sempre a defrontar-se com a premência do Estado na busca de acréscimo de receita. Relembrem-se as noções dos referidos contratos, de que cuidam os artigos 1.188 e 1.216 do Código Civil:

Art. 1.188 Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado, ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

Art. 1.216 Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição. A hipótese assemelha-se ao quadro com o qual se defrontou o Tribunal no Recurso Extraordinário n° 166. 7J72-9-RS quando veio a glosar a exigência da contribuição social sobre a remuneração paga a administradores e autônomos. O pretexto da incidência estaria na igualização econômica entre o que satisfeito a tal título e o salário, olvidando-se advertência doutrinária sobre a realidade jurídica conceituai, a sobrepor-se ao aspecto simplesmente econômico. Na ementa do precedente, proclamou o Plenário:

O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Cumpre ter presente, sobre a matéria, as palavras de Ulhoa Canto, no que citadas por Gabriel Lacerda Troianelli em artigo publicado sob o título 'O ISS sobre a locação de bens móveis', na Revista Dialética de Direito Tributário n° 28. Analisando precisamente o julgamento deste processo que então se iniciara, disse o autor do artigo da irrelevância do aspecto econômico quando contrário ao modelo constitucional do tributo, secundado pela definição dos institutos envolvidos. Eis as oportunas palavras do saudoso tributarista:

“Entre nós, a interpretação econômica não tem sido acolhida, nem pelos autores nem pela jurisprudência. A própria Coordenação do Sistema de Tributação chegou até a afirmar a sua inaceitabilidade, no Parecer Normativo CST n° 563, de 18.08.1971 (...). Entretanto, é comum ler-se em atos ou decisões da Administração ou de tribunais administrativos que ao direito tributário interessam precipuamente os aspectos econômicos (o que é certo), e, por isso, os dispositivos legais, como os atos e fatos, devem ser interpretados com prevalência do respectivo conteúdo econômico, relegada a sua forma jurídica a plano secundário (ilação errada). Na verdade, trata-se de uma simples tentativa de usurpação de poderes que são apenas do legislador/ sob o pretexto de interpretar a lei, o que se está tentando é aplicar a sua norma a atos e fatos que ela não contempla”. (Caderno de Pesquisas Tributárias, n. 13, São Paulo: Resenha Tributária, 1989, p. 493).

Em síntese, há de prevalecer a definição de cada instituto, e somente a prestação de serviços, envolvido na via direta o esforço humano, é fato gerador do tributo em comento. Prevalece a ordem natural das coisas cuja força surge insuplantável; prevalecem as balizas constitucionais e legais, a conferirem segurança às relações Estado-contribuinte; prevalece, alfim, a organicidade do próprio Direito, sem a qual tudo será possível no agasalho de interesses do Estado, embora não enquadráveis como primários”. (Voto do Min. Marco Aurélio, relator para o acórdão)

\* \* \* \* \*

“O fato irrecusável é um só: a Constituição, quando atribui competência impositiva ao Município para tributar serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência das outras pessoas políticas, exige que só se alcancem, mediante incidência do ISS, os atos e fatos que se possam qualificar, juridicamente, como serviços.

(.....)

A decisão emanada do Tribunal local - que considerou juridicamente qualificável, como serviço, a locação de bens móveis, tal como relacionada nos itens constantes das Listas de Serviços referidas anteriormente - não pode subsistir, eis que, mais do que desrespeitar o que prescreve o art. 110 do Código Tributário Nacional, transgrediu a

Lei Fundamental, que, em matéria tributária, instituiu clara e rígida repartição constitucional de competências impositivas”. (Voto do Min. Celso de Mello);

No **AgR-RE 446.003/RS**, rel. Min. Celso de Mello (STF, 2ª Turma, DJ de 30.5.2006), colhe-se os seguintes ensinamentos, *verbis*:

“(.....)

Cumpra assinalar, por necessário, especialmente em face das considerações expostas, que a legislação tributária emanada de qualquer das pessoas políticas não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, para definir ou limitar competências tributárias.

Veja-se, pois, que, para efeito de definição e de identificação do conteúdo e do alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, o Código Tributário Nacional, em seu art. 110, ‘faz prevalecer o Império do Direito Privado - Civil ou Comercial (...)’ (ALIMAR BALEEIRO, ‘*Direito Tributário Brasileiro*’, p. 687, item nº 2, atualizado pela Professora MISABEL ABREU MACHADO DERZI, 11ª ed., 2003, Forense - grifei), razão pela qual esta Suprema Corte, para fins jurídicotributários, não pode recusar, ao instituto da locação de bens móveis, a definição que lhe é dada pelo Código Civil (art. 565), sob pena de prestigiar, no tema, a interpretação econômica do direito tributário, em detrimento do postulado da tipicidade, que representa, no contexto de nosso sistema normativo, projeção natural e necessária do princípio constitucional da reserva absoluta de lei, consoante adverte o magistério da doutrina (GILBERTO DE ULHÔA CANTO, ‘in’ *Caderno de Pesquisas Tributárias* n. 13/493, 1989, Resenha Tributária; GABRIEL LACERDA TROIANELLI, ‘O ISS sobre a Locação de Bens Móveis’, ‘in’ *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 28 / 7-11, 8-9).

“(.....)”.

Na mesma linha o entendimento do col. STJ, retratado em julgado do qual se extrai a seguinte passagem (**REsp 1.260.332-AL**, 2ª Turma, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 12.9.2011) *verbis*:

“(.....)

4. O conceito de "pessoa jurídica" é dado pelo Código Civil, e é a ele que devemos recorrer no momento de interpretar a norma tributária (art. 109 do CTN). Nos termos do art. 44 do CC, são pessoas jurídicas de direito privado as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas e os partidos políticos.

5. Discutível seria estender o alcance da norma tributária, como fez o TRF, para abranger os profissionais liberais ou mesmo empresários individuais, que, como sabemos, são destituídos de personalidade distinta em relação à pessoa natural, ou seja, não são pessoas jurídicas nos termos do art. 44 do CC.

6. O texto legal não prima pela melhor técnica, mas é impossível afirmar que profissionais liberais são pessoa jurídica e que sociedades limitadas não têm essa qualificação, ao interpretar o art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996, agredindo frontalmente o conceito jurídico correspondente (art. 44 do CC).

“(.....)”.

No mesmo sentido acórdão do col. Superior Tribuna de Justiça (**REsp 1.140.655/PR**, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe de 19.2.2010) assim ementado (parte):

“(.....)

2. O Direito tributário utiliza-se dos institutos, conceitos e formas de Direito privado tal qual utilizados nos ramos jurídicos específicos, sendo-lhe vedado modificar-lhes o conteúdo, sentido e alcance”. (.....). (STJ, 2ª Turma, **REsp 1.140.655/PR**, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 19/02/2010 - RT v. 897, p. 187)

Da fundamentação do julgado acima indicado pertinente a transcrição da seguinte passagem do d. voto proferido pela Min. Eliana Calmon, *verbis*:

“(.....)

O Direito tributário é um ramo normativo de superposição, no sentido de que se utiliza de institutos, conceitos e formas hauridos de outros ramos normativos mais antigos, mormente do Direito civil, para atribuir-lhes o respectivo efeito tributário, ou seja, elegê-los como signos econômicos passíveis de tributação.

O conceito objeto de questionamento pela recorrente é o referente à aquisição. Entende a recorrente que por adquirir encontra-se incluso o conceito de locação. A tese não convence, pois locar significa obrigação de dar sem a transmissão do patrimônio, é a atribuição da faculdade de usufruir do bem sem adquirir-lhe a propriedade, ou seja, todos os poderes inerentes ao domínio. Nesse sentido é o disposto no Código Civil:

Art. 565. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

Na doutrina, explicita-se o sentido e alcance da regra do *caput* do art. 133 do CTN: (...) quando se fala em fundo de comércio, não se pode adotar o posicionamento radical de que quem porventura veio a se instalar no mesmo prédio em que anteriormente funcionava a empresa devedora passa a ser sucessor tributário, simplesmente por ter eventuais benefícios decorrentes do ponto. Não se tratando de efetiva alienação do fundo de comércio, não haverá responsabilidade do adquirente. (in: *Direito tributário esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 337)

Ademais, a alegação de que a medida impossibilita a persecução do crédito tributário não subsiste, sob pena de subverter a dicção legal e o próprio art. 109 do CTN”.

Por último, ainda cabe a citação do **REsp 791.334 - MG** (1ª Turma,, re. Min. JOSÉ DELGADO, DJ: 29/05/2006), pela sua importância e especificidade, *verbis*:

“Em síntese, a discussão jurídica gira em torno da interpretação e aplicação do art.1.165 do Código Civil de 1916, hoje, art. 538 do CC de 2002. Estando a matéria posta em círculo contendo discussão sobre legislação federal, conheço do recurso. Quanto ao mérito, convém lembrar, embora desnecessário, que a incidência tributária está regida pelo princípio da legalidade. Este está inserido no rol das "garantias do Estado de Direito, desempenhando função de proteção dos direitos dos cidadãos, insculpido como dogma jurídico pela circunstância da CF haver estabelecido, como direito e garantia individual que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" ("Art. 5º, II) (José Eduardo Soares Melo, in: "Princípios Constitucionais Fundamentais no Âmbito Tributário", capítulo da obra coletiva "*Princípios Constitucionais Fundamentais*", p. 649, Lex Editora, 2005). Certo é que a instituição, majoração e extinção dos tributos (art. 150, I, III, 'a' e 'b', da CF), bem como as situações de subsídios, isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas e contribuições (art. 150, § 6º) dependem de lei.

**No caso ora examinado, tem-se que o ITCD (Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação) só terá incidência se ficar demonstrado que realmente, nos termos do Direito Civil, tem-se configurado o negócio jurídico denominado "Doação".** Doação, como é sabido, é um instituto de Direito Civil. O Direito Tributário o recebe com todos os elementos determinados pela lei civil para que se tenha como configuradas a sua existência, validade e eficácia.

Doação, na definição do art. 538, é o "... contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere de seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra". É um contrato real que só ingressa na fase definitiva do aperfeiçoamento com a entrega da coisa ao donatário.

Explica Paulo Luiz Netto Lôbo, em seu "*Comentários ao Código Civil*", Saraiva, v. 6, coleção coordenada por Antônio Junqueira de Azevedo, que a Doação, "*para atingir o plano da existência e depois o da validade e da eficácia não basta o ânimo ou a obrigação de doar. A entrega efetiva da coisa ao donatário é elemento essencial e nuclear do suporte fático. A exceção fica por conta da admissibilidade de doação consensual, na hipótese de doação em forma de subvenção periódica (art. 545), o que não infirma a regra geral da natureza real. É também contrato gratuito e unilateral, pois inexistente corresponsabilidade ou contraprestação*".

Em face do acima assinalado, **passamos a investigar, se, realmente, está configurado o negócio jurídico doação na relação discutida nos autos.**

(.....)

Esses aspectos demonstram **que não estamos diante de uma doação**, conforme entendeu o próprio Tribunal de Minas Gerais, em outro julgamento entre as mesmas partes.

O acórdão referido está atacado pelo Estado de Minas Gerais, no Resp 791334/MG (FLS. 223/227). O voto condutor afirma:

‘(.....)

Extrai-se dos autos que a Apelada é concessionária de serviços públicos de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica na Zona da Mata de Minas Gerais. Verifica-se, também, que todo o procedimento de eletrificação rural é feito mediante a participação financeira do consumidor final, que instala, às suas expensas, o material elétrico necessário, que, após a instalação, é transferido para a concessionária, através de instrumentos denominados "Termos de Doação", utilizados, segundo consta dos autos, até 1989 e, após este ano, denominados "Contratos de Compra e Venda". Tem-se, ainda, que os valores dos materiais incorporados não passam a integrar o patrimônio líquido da Apelada, mas, na verdade, são creditados em contas especiais, que ficam indisponíveis até a ocorrência de reversão ou encampação do serviço público, quando as referidas importâncias serão deduzidas do valor devido pelo Poder Concedente, no caso a União, ao Concessionário. É o que se depreende do art. 144, do Decreto 41.019/57, que regulamenta os serviços de energia elétrica:

(.....)

A Apelante considera que as operações de transferência do material elétrico configuram verdadeiras doações, mesmo aquelas nomeadas de "compra e venda", que acusa serem simples simulações, em razão do preço vil praticado. Desta forma, pretende a cobrança do ITCD relativo às mesmas, na base da diferença entre o que seria o valor venal dos bens e o preço consignado nos contratos.

*Data maxima venia*, sem razão a Apelante já que, no meu modesto entendimento, independentemente do *nomen juris* dado às operações ora discutidas, não há como nelas enxergar a natureza jurídica de doações.

Em primeiro lugar, porque, como bem ressaltou o digno Juiz Sentenciante, nelas falta aquele elemento anímico essencial à configuração do contrato de doação, consistente na livre vontade, por parte do doador, de praticar uma liberalidade, isto é, de proporcionar um enriquecimento do donatário, feita através da transferência de um bem do patrimônio do doador. A vontade livre de doar é absolutamente necessária à configuração do contrato, sendo que, na sua falta, não há que se falar de doação, como esclarece a preciosa lição de J. M. CARVALHO SANTOS:

*A liberalidade, como se vê, é da essência da doação. Constitui um elemento essencial à sua caracterização. Por meio dela é que se traduz o animus donandi, isto é, o elemento subjetivo pessoal da doação, que se pode manifestar com vários propósitos: de beneficência, de generosidade, ou de expressão de estima, ou apreço" (Código Civil Brasileiro Interpretado, Livraria Freitas Bastos S/A, 8ª ed., 1958, v. 16, p. 319)*

No caso dos autos, bem é de ver que a transferência dos materiais elétricos instalados pelos consumidores não decorre da livre vontade destes de praticar uma liberalidade a favor da Apelada, mas sim de imposição legal, como forma coercitiva de operacionalizar os serviços de eletrificação rural. Não há, portanto *animus donandi*, mas simples adesão a um programa de instalação de sistemas de eletrificação que, por disposição de lei, conta com a participação financeira do consumidor, na forma do Decreto 41.019/57 acima citado.

Ademais, no caso dos autos, **além de inexistir o elemento subjetivo, verifica-se, ainda, faltar o elemento objetivo necessário à configuração do contrato de doação, consistente no efetivo e real enriquecimento do donatário às custas do doador, já que, como se disse acima, os bens transferidos não passam a integrar o patrimônio da Apelada**, mas, ao contrário, ficam creditadas, pelo seu valor, em contas especiais, sendo que as importâncias só podem ser usadas como crédito do Poder Concedente, em caso da ocorrência de reversão ou encampação. Quanto a este aspecto, houve, inclusive, o esclarecimento da prova pericial produzida, onde atesta o douto Expert do Juízo que as contribuições dos consumidores sequer são contabilizadas no patrimônio líquido da Apelada, sendo inscritas como dívidas da Apelada, sob a rubrica de "passível exigível a longo prazo" (ver, por exemplo, a resposta ao quesito 13 da Embargante, fls. 127, dos autos), justamente porque, como se disse acima, constituem crédito do Poder Concedente, no caso de reversão ou encampação.

Não havendo, no caso das operações indigitadas, qualquer intenção dos consumidores de praticar liberalidade, e **não se verificando, também, o acréscimo patrimonial da Apelada**, não há que se falar em doação, não incidindo, portanto, o ITCD reclamado’.

Isso posto, conheço do recurso e dou-lhe provimento. Inversão dos ônus sucumbenciais.

É como voto”.

8. De tudo o que acima foi visto possível a conclusão no sentido de que somente estando presente, efetivamente, o instituto da doação a que se refere o art. 538 do Código Civil Brasileiro, ou seja, em que ocorre transferência de bens para o patrimônio do donatário, é que seria pertinente a cobrança do ITCD, hipótese que, contudo, não é a que decorre da Lei nº 9.504/97.

Com efeito, conquanto a pessoa que destine recursos para financiamento de campanha eleitoral abra mão de patrimônio próprio, a título de doação ou contribuição, transferindo-o para conta específica, prevista em lei, o que o colocaria na condição do doador a que se refere o Código Civil Brasileiro, **não há como qualificar o cidadão, que circunstancialmente se encontre na condição de candidato, como donatário**, na medida em que nada recebe, com acréscimo patrimonial próprio, do pretense doador/contribuinte, exatamente porque os recursos correspondentes têm destinação legal específica, ou seja, conta bancária, com CNPJ próprio, voltada para a movimentação dos recursos destinados ao financiamento de campanha eleitoral, decorrendo daí que não se faz presente, no caso, o instituto da doação tal como definido pelo Código Civil Brasileiro.

Aliás, se o candidato, nos termos da lei, pode, ele próprio, destinar recursos próprios para o financiamento de sua campanha, seria então “doador” e “donatário”, patente absurdo que definitivamente afasta, no caso, a presença do instituto da doação.

Poder-se-ia dizer, então, que efetivo donatário ou donatária seria o CNPJ/nome empresarial e respectiva conta bancária criada para o recebimento das doações/contribuições voltadas especificamente para financiamento de campanha eleitoral.

Tais contas, todavia, têm existência previamente limitada no tempo, já que necessariamente encerradas no final do processo eleitoral, após a imprescindível prestação de contas, que, se aprovadas pelo órgão estatal competente, encerra definitivamente o ciclo de suas existências, para todos os fins e efeitos legais, o que inviabilizaria, agora, fossem ressuscitadas para fins de sujeição tributária, relativamente a pretense Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCD.

Mesmo porque o recebimento de recursos, através de tais contas específicas não tem, como objetivo, o acréscimo patrimonial de quem quer que seja, para utilização generalizada, mas sim, conforme estabelecido pela Lei nº 9.504/97, destinação única, voltada exclusivamente para **financiamento de campanha**, como forma, boa ou não, de manutenção e consolidação do estado democrático de direito.

Aliás, em casos de doações/contribuições para financiamento de campanhas eleitorais cabe ser destacado que até mesmo a liberalidade ínsita ao instituto da doação, vinculada a manifestação prévia de vontade do doador, por motivos que lhe são próprios, em transferir parte de seu patrimônio para outrem, objetivando o enriquecimento deste, não se faz tão presente assim, na medida em que, dita liberalidade no mais das vezes é provocada pelo candidato a cargo eletivo, que sai em busca dos recursos necessários para o financiamento de sua campanha eleitoral, o que bem evidencia que a doação/contribuição a que se refere a Lei nº 9.504/97 tem conotação própria e específica, voltada primordialmente para tal financiamento.

## **CONCLUSÃO**

9. Diante das razões acima expendidas, possíveis as seguintes conclusões, salvo melhor juízo:

- a doação, como instituto relativamente ao qual a Constituição Federal outorgou aos Estados e ao Distrito Federal competência para

instituição do ITCD, deve, necessariamente, ser aquela a que se refere o Código Civil Brasileiro, que, no seu art. 538, definiu-a como “o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”;

- a Lei nº 9.504/97 teve e tem como objetivo precípuo, no que interessa, regulamentar o financiamento de campanhas eleitorais, estabelecendo, com rigor, a forma de obtenção dos recursos necessários, voltados exclusivamente para tal fim, a partir do que intitula, especificamente no âmbito do processo eleitoral, como “doações/contribuições”;
- o candidato a cargo eletivo deve buscar recursos, junto ao setor privado, não com o objetivo de acréscimo do seu patrimônio próprio, de tal modo que pudesse, pelo enriquecimento pessoal que daí resultaria, se posicionar como o donatário a que se refere o art. 538 do Código Civil Brasileiro, mas tão somente, como visto, o de financiamento de sua campanha eleitoral, nos moldes da norma de regência;
- os recursos angariados têm destinação específica, e continuam tendo mesmo em casos de sobras, não podendo, de forma alguma, mesmo que formados também por aportes feitos pelo próprio candidato, integrarem o seu patrimônio pessoal;
- as contas especificamente abertas (nome empresarial/CNPJ) para o recebimento de recursos voltados, exclusivamente, para financiamento de campanhas, têm existência limitada no tempo, sendo automaticamente extintas, nos termos da legislação em vigor, ao final do processo eleitoral, notadamente quando devidamente aprovada a prestação de contas pelo órgão estatal competente;
- ditas contas, exatamente porque voltadas exclusivamente para o financiamento de campanhas eleitorais, sem qualquer objetivo precípuo de formação de patrimônio perene, não poderiam ser, s.m.j, classificadas como “donatárias”, para fins de sujeição tributária, mesmo porque, em tendo sido regular e legalmente extintas, com a chancela do próprio Estado, não poderiam simplesmente ser ressuscitadas com tal objetivo;
- o próprio Tribunal Superior Eleitoral vem manifestando, como visto, o entendimento de que as doações/contribuições destinadas ao financiamento de campanhas eleitorais têm conotação específica, não necessariamente ligada ao instituto da doação a que se refere o art. 538 do Código Civil Brasileiro;
- tem-se, portanto, que não existe, no caso, a possibilidade de se falar no instituto da doação a que se refere o art. 538 do Código Civil Brasileiro, notadamente porque estaria presente apenas a figura do doador, mas tecnicamente não a do donatário, o que inviabiliza, ao nosso ver, mais uma vez, salvo melhor juízo, a possibilidade de se falar na pertinência do ITCD sobre os recursos angariados para o precípuo e exclusivo fim de financiamento de campanha eleitoral (e aqui cabe ser lembrado

Caio Mário da Silva Pereira, quando, destaca que “*o direito conhece diversas atribuições a título gratuito*”, que nem por isso podem ser “*tidas como doações*”).

- a Lei Estadual nº 14.941/2003 considera “*doação o ato ou fato em que o doador, por liberalidade, transmitir bem, vantagem ou direito de seu patrimônio ao donatário*”, situação que não se verifica na espécie, na medida em que não há acréscimo patrimonial do candidato a cargo eletivo quando arrecada recursos para financiamento de campanha eleitoral, fato que não é alcançado pelo ITCD (hipótese de não incidência)

Belo Horizonte, 21 de novembro de 2013.

***Marco Antônio Rebelo Romanelli***  
*Advogado-Geral do Estado*

***Roney Luiz Torres Alves da Silva***  
*Advogado-Geral Adjunto do Estado*

***Carlos José da Rocha***  
*Advogado-Geral Adjunto do Estado*

***Marcelo Pádua Cavalcanti***  
*Procurador do Estado de Minas Gerais*

***Sérgio Pessoa de Paula Castro***  
*Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica*





O Advogado-Geral do Estado proferiu na Nota Jurídica Orientadora abaixo o seguinte despacho:

“Aprovo.  
Em 31/01/2013.”

**PROCEDÊNCIA:** Advocacia-Geral do Estado  
**NÚMERO:** 7  
**DATA:** 26 de dezembro de 2012  
**REFERÊNCIA:** PROTESTO DE CDA - POSSIBILIDADE - PODER/DEVER DA AGE/MG.

### **SITUAÇÃO PROBLEMA**

Recentemente, foram interpostas ações cautelares, nas quais contribuintes que tiveram Certidão de Dívida Ativa (CDA) protestada reclamavam judicialmente, solicitando liminar para sustar o protesto. Entretanto, o “mecanismo alternativo de cobrança” é uma política de Estado para reduzir o volume de ações de valor reduzido que poluem o Judiciário mineiro, bem como que propiciam mais prejuízos ao Erário do que benefícios, razão pela qual, em homenagem à economicidade e ao interesse público, merece ser utilizado.

A presente Nota Jurídica Orientadora (NJO) tem como finalidade orientar a atuação dos Procuradores do Estado em eventuais ações judiciais, bem como servir de suporte para os trabalhos de defesa do Erário.

Nas ações cautelares que vêm sendo interpostas pretende-se, em regra, a sustação do protesto da CDA, sob o argumento de que o Estado já possui meios adequados e já foi investido de prerrogativas próprias (previstas na Lei nº 6.830/80) para buscar o recebimento de seu crédito. Argumentam, geralmente, que é vedado ao Estado proceder ao protesto da CDA, haja vista que o ente público não poderia requerer a falência da empresa. Da mesma forma, apelam para um juízo de razoabilidade e proporcionalidade para afastar a possibilidade de protesto, condenando, ademais, a legalidade da medida.

Em linhas gerais, as ações cautelares batem que os pressupostos necessários para a concessão da liminar (*fumus boni juris* e *periculum in mora*) estariam presentes e requerem, por isso, o deferimento da medida liminar de sustação do protesto ou, na hipótese de já ter ocorrido o protesto, a suspensão liminar dos efeitos do protesto.

### **A LEGISLAÇÃO MINEIRA E O PODER/DEVER DE UTILIZAÇÃO DE MECANISMOS ALTERNATIVOS**

Recentemente, o Estado de Minas Gerais fez aprovar lei que autoriza o não ajuizamento de execução fiscal de pequeno valor, instituindo, por outro giro, mecanismos alternativos de cobrança de crédito estadual, dentre eles o protesto extrajudicial de sentença judicial e de certidão da dívida ativa (CDA). Da mesma forma, alterou a Lei Estadual nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975, para remitir os créditos tributários relativos ao Imposto sobre

Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Comunicação e de Transporte Intermunicipal e Interestadual (ICMS), devidamente inscritos em dívida ativa até 31 de agosto de 2011, cuja execução fiscal fosse igual ou inferior a R\$5.000,00 (cinco mil reais).

De forma diferente da que ocorre em outros Estados ou mesmo na União Federal, em Minas Gerais, existe a Lei Estadual nº 19.971, de 27 de dezembro de 2011, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 45.989, de 13 de junho de 2012, legitimando esta nova forma de agir pelo Poder Público, *verbis*:

LEI ESTADUAL Nº 19.971/11:

Art. 2º Fica a Advocacia-Geral do Estado - AGE - autorizada a não ajuizar ação de cobrança judicial de crédito do Estado e de suas autarquias e fundações cujo valor seja inferior a 17.500 UFEMG (dezessete mil e quinhentas Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais), observados os critérios de eficiência administrativa e de custos de administração e cobrança previstos em regulamento.

§ 1º A AGE deverá utilizar meios alternativos de cobrança dos créditos de que trata este artigo, podendo inscrever o nome do devedor no Cadastro Informativo de Inadimplência em relação à Administração Pública do Estado de Minas Gerais - CADIN/MG - ou em qualquer cadastro informativo, público ou privado, de proteção ao crédito, bem como promover o protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa.

§ 2º O pagamento do título apresentado para protesto deverá ser comunicado, no prazo de quarenta e oito horas, à Advocacia-Geral do Estado, para que se promova, em até quinze dias, a exclusão do nome do devedor do cadastro de dívida ativa do Estado.

§ 3º O previsto neste artigo não impede o ajuizamento de ação de cobrança determinado por ato do Advogado-Geral do Estado.

DECRETO ESTADUAL Nº 45.989/12:

Art. 1º Este Decreto regulamenta a forma como a Advocacia-Geral do Estado - AGE - poderá utilizar meios alternativos de cobrança de créditos fiscais, observados os critérios de eficiência administrativa e de custos de administração e cobrança, bem como a legislação federal pertinente, especialmente a Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997.

Art. 2º Na cobrança de créditos do Estado, de suas autarquias e fundações, ficam os Procuradores do Estado autorizados a não ajuizar ações quando o valor atualizado do crédito inscrito em dívida ativa for igual ou inferior aos seguintes limites:

- I - Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS: R\$15.000,00 (quinze mil reais);
- II - Imposto Sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA: R\$10.000,00 (dez mil reais);
- III - Imposto Sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD: R\$10.000,00 (dez mil reais);
- IV - taxas de quaisquer espécies: R\$5.000,00 (cinco mil reais);
- V - multas de quaisquer espécies: R\$5.000,00 (cinco mil reais);
- VI - quaisquer outros créditos: R\$5.000,00 (cinco mil reais).

Art. 3º Exercida a autorização prevista no art. 2º, a AGE deverá utilizar meios alternativos de cobrança dos créditos, podendo, inclusive, proceder ao protesto extrajudicial da Certidão da Dívida Ativa – CDA – e inscrever o nome do devedor no Cadastro Informativo de Inadimplência em Relação à Administração Pública do Estado de Minas Gerais – CADIN/MG, ou em qualquer cadastro informativo, público ou privado, de proteção ao crédito.

Em síntese, em Minas Gerais, existe lei expressa, suficientemente densificada pela autoridade competente, estabelecendo o poder/dever da AGE de se valer de outros meios de cobrança, permitindo o não ajuizamento de execução fiscal. Nesse compasso, prestando verdadeira homenagem aos princípios constitucionais da moralidade, eficiência administrativa e economicidade, o Estado estabelece, igualmente, o poder/dever da Administração Pública se valer da “cobrança administrativa” seguida do “protesto da CDA”.

É preciso deixar gizado que a lei não estabelece a cumulatividade de procedimentos, mas, ao contrário, em Minas Gerais, de forma diferente de outros entes federados, o protesto de CDA é um mecanismo alternativo, para dívidas de pequeno valor, isto é, quando o Estado protesta CDA, ele não ajuíza executivo fiscal.

Na realidade, como consabido, a execução fiscal de pequenos valores, além de ser extremamente gravosa para os contribuintes, dá ensejo a severos prejuízos para o Estado, inviabilizando, à luz de um juízo de economicidade, o resgate pela via do executivo fiscal.

O Procurador do Estado de Minas Gerais, portanto, pode/deve encaminhar para protesto a CDA, quando se revelarem infrutíferas as tentativas de recebimento amigável do crédito (cobrança administrativa), exatamente porque o Estado de Minas Gerais, ao contrário do que ocorre em outros Estados, está devidamente autorizado a protestar a CDA de pequeno valor que, no caso de ICMS, é de até R\$15.0000,00.

## **A ANTIJURIDICIDADE POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE DO MANEJO DA EXECUÇÃO FISCAL**

Minas Gerais, em 2012, inaugurou uma nova fase no resgate da dívida ativa, estabelecendo a necessidade de cobrança administrativa do crédito tributário de pequeno valor e, em caso de insucesso da alternativa amigável, optou por encaminhar a CDA para protesto, desafogando o Poder Judiciário, obtendo mais eficiência na cobrança dos créditos tributários.

É sabido que, em Minas Gerais, em 2012, existem 102.595 (cento e duas mil, quinhentas e noventa e cinco) execuções fiscais de natureza tributária em curso no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) e, dessas, 53.530 (cinquenta e três mil, quinhentas e trinta) estão abaixo dos R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Em outras palavras: 52,18% (cinquenta e dois vírgula dezoito por cento) das execuções fiscais em curso no Estado são inferiores a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais)! Embora o quantitativo seja exagerado, estas execuções representam apenas 1,12% (um vírgula doze por cento) de uma dívida ativa que já superou a cifra de 28 bilhões de reais. As dívidas de pequeno valor (inferiores a R\$ 15.000,00) significam tão somente R\$303.994.330,60 (trezentos e três milhões, novecentos e noventa e quatro mil, trezentos e trinta reais e sessenta centavos).

Em síntese, 52,18% da quantidade de execuções fiscais representam apenas 1,12% do montante (valor) da dívida ativa tributária.

Nesse compasso, a solução legal beneficia o Estado, o contribuinte, os jurisdicionados e o próprio Poder Judiciário, uma vez que a adoção dessa via reduz, substancialmente, o número de processos em andamento no Judiciário. Cumpre registrar, ainda, que existem outras tantas execuções fiscais referentes à dívida ativa não tributária, oriundas das autarquias e fundações estaduais, que devem/podem ter a mesma solução.

Os estudos levados a cabo demonstram que, em média, o Estado gasta mais de R\$ 15.000,00 para cobrar qualquer crédito de até R\$15.000,00.<sup>1</sup> Mais da metade dos Procuradores do Estado, servidores administrativos da SEF e da AGE, Magistrados dedicados ao trabalho de execução fiscal (isto é, a força de trabalho necessária para lidar com 53.530 executivos fiscais) estão voltados para o resgate judicial de apenas R\$303.994.330,60 (valor que representa apenas 1,12% da dívida ativa ajuizada). Mais curioso, ainda, é saber que para lidar com esse valor, o Estado de Minas Gerais arca com um custo de R\$ 802.950.000,00!

Para resgatar débitos de valor inferior a R\$15.000,00, assustadoramente, o Estado despense quase três vezes mais do que resgataria! Para piorar o quadro, o resgate conseguido, face às dificuldades de um processo judicial, é inferior a 5%. Assim, o Estado, efetivamente, gasta mais de 800 milhões de reais para resgatar apenas cerca de R\$1.519.971,65.

Em resumo, para resgatar pouco mais de 1,5 milhões de reais, o Estado gasta mais de 800 milhões de reais!

A execução fiscal é o instrumento adequado para cobrança de dívidas tributárias maiores, entretanto, este é um mecanismo absolutamente inadequado para a cobrança de dívidas de pequeno valor. Para estas pequenas dívidas, o Estado paga muito para receber pouco, ou seja, trata-se de mecanismo desarrazoado para cobrança de créditos de pequeno valor. Em outras palavras, executar pelo mecanismo judicial dívidas abaixo de R\$15.000,00 significa ofender cabalmente o princípio constitucional da economicidade, além de obstruir o Judiciário com questões por vezes insolúveis e que demoram, como demonstram os estudos mencionados, em média, mais de 11 anos para serem resolvidas.

Em síntese, o manejo de mecanismos alternativos de cobrança traduz a consagração dos princípios da eficiência administrativa, da economicidade e da gestão fiscal responsável.

## **A RECOMENDAÇÃO DO CNJ**

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em dois pedidos de providências analisados, recomenda que “os Tribunais de Justiça deverão editar ato normativo que regulamente a possibilidade de protesto extrajudicial de CDA por parte da Fazenda Pública.” (2009.10.00.004178-4 e 2009.10.00.004537-6).

Na realidade, o que se pode verificar é que o protesto extrajudicial, efetivamente, traz benefícios: para o ente público, que tem à sua disposição uma forma mais ágil e menos onerosa de cobrança, realçando a arrecadação num modelo de gestão fiscal eficiente (artigo 11 da Lei Complementar nº 105/2001); para o devedor, que suporta, assim, meio menos oneroso e gravoso de cobrança; para o Poder Judiciário, que tem impacto imediato na redução de demandas, ampliando a capacidade de julgamento (embora preservando a possibilidade de apreciação de futuras lesões decorrentes do novo modelo). Nesse compasso, a necessária autorização para não

---

<sup>1</sup> Cf. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MORAES, Reinaldo Carvalho de; SILVA, Priscilla Guedes Castilho da; PALOTTI, Pedro Lucas de Moura. Pagando para receber? Subsídios para uma política de cobrança da dívida ativa no setor público: resultados de pesquisa sobre o custo médio de uma execução fiscal em Minas Gerais. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado do Estado de Minas Gerais*, v.5, p. 65-93, 2008. e; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; BRANT, Dario; SOUZA, Luciano Neves; FAZITO, Fabrícia Lage; LIMA, Jamerson Jadson de; ROCHA, Esly Winder Ribas. Protesto extrajudicial da certidão da dívida ativa: uma alternativa louvável na resolução de conflitos para execuções fiscais de pequeno valor. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado do Estado de Minas Gerais*, v.8, p. 81-98, 2011.

ajuizamento de executivos fiscais está na mais fina sintonia com os mandamentos constitucionais de economicidade e eficiência administrativa, na medida em que permite a utilização de meios alternativos mais adequados à persecução dos créditos segundo os princípios citados. Vale frisar que, para os créditos de valor pequeno, Minas Gerais apenas pode utilizar meios alternativos de cobrança.

Esta foi a razão pela qual, da mesma forma, a Lei mineira previu, ao fim, a remissão dos créditos tributários relativos ao ICMS devidamente inscritos em dívida ativa até 31 de agosto de 2011 cuja execução fiscal fosse igual ou inferior a R\$5.000,00. Tal remissão é necessária para impedir o prolongamento das execuções fiscais deficitárias, levando em consideração o tempo médio de duração e do custo médio de um executivo fiscal para o Estado de Minas Gerais.

Como registrou Morgana Richa, Conselheira do CNJ, em posicionamento que está em perfeita sintonia com o entendimento majoritário da 102ª Sessão Plenária do CNJ<sup>2</sup>, é necessária a busca de “novas saídas” para a redução de conflitos nos órgãos da Justiça. Em suas palavras, “o Judiciário e a sociedade suplicam por alternativas que registrem a possibilidade de redução da judicialização das demandas por meios não convencionais”. É preciso encontrar meios alternativos para a evolução da justiça e, para execuções fiscais de baixo valor, o protesto da CDA é, atualmente, o mais eficaz e econômico mecanismo que se apresenta para os Poderes Executivos e Judiciários.

De fato, não faz o menor sentido imaginar que o Estado seja obrigado, para reaver seu legítimo crédito, a se valer de um mecanismo que apenas lhe causa prejuízo. Eficiência administrativa, economicidade e responsabilidade da gestão fiscal são princípios constitucionais retores expressos da Administração Pública. O CNJ tem razão: é tempo de o Judiciário se ocupar de questões maiores; é o momento de o Estado agir sem se mutilar.

## **O PROTESTO DE TÍTULOS E A POSSIBILIDADE DE PROTESTO DE CDA**

A Lei Federal nº 9.492/97, indubitavelmente, ampliou o rol de documentos protestáveis, tornando possível quaisquer outros documentos de dívida, especialmente os títulos executivos judiciais e extrajudiciais. O protesto de títulos não deve/pode ser feito tão somente por quem deseja requerer falência de devedor, mas o simples inadimplemento de obrigação pode lastrear o protesto do título. A legislação vigente não estabelece especificações de finalidades que possam restringir o mecanismo do protesto e é clara ao frisar que o título pode ser protestado “por falta de pagamento, de aceite ou de devolução”. Essa é a dicção do art. 21 da Lei Federal nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, *verbis*:

Art. 21. O protesto será tirado por falta de pagamento, de aceite ou de devolução.

§ 1º O protesto por falta de aceite somente poderá ser efetuado antes do vencimento da obrigação e após o decurso do prazo legal para o aceite ou a devolução.

§ 2º Após o vencimento, o protesto sempre será efetuado por falta de pagamento, vedada a recusa da lavratura e registro do protesto por motivo não previsto na lei cambial.

§ 3º Quando o sacado retiver a letra de câmbio ou a duplicata enviada para aceite e não proceder à devolução dentro do prazo legal, o protesto poderá ser baseado na segunda via da letra de câmbio ou nas indicações da duplicata, que se limitarão a conter os

<sup>2</sup> Cf. ARAUJO, Dinavan Fernandes. Dívida ativa: CNJ recomenda que tribunais regulamentem protesto extrajudicial de débitos. *Agência CNJ de Notícias*. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br/site/modules/noticias/Noticia.mtw?id=1559>>. Acesso em: 2 mar. 2011.

mesmos requisitos lançados pelo sacador ao tempo da emissão da duplicata, vedada a exigência de qualquer formalidade não prevista na Lei que regula a emissão e circulação das duplicatas.

§ 4º Os devedores, assim compreendidos os emitentes de notas promissórias e cheques, os sacados nas letras de câmbio e duplicatas, bem como os indicados pelo apresentante ou credor como responsáveis pelo cumprimento da obrigação, não poderão deixar de figurar no termo de lavratura e registro de protesto.

O entendimento supra está em sintonia com a interpretação da Lei nº 9.492/97 adotada pelo Conselho Nacional de Justiça, no Pedido de Providências nº 200910000045376, que analisou ato normativo do Poder Judiciário do Rio de Janeiro, que permite a utilização do Protesto para Certidões da Dívida Ativa, entendendo inexistir vedação legal para tal procedimento, nos seguintes termos:

Data 06.04.2010 Data de Publicação 06.04.2010

EMENTA: Pedido de Providências. Certidão de Dívida Ativa. Protesto extrajudicial. Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Legalidade do ato expedido. Inexiste qualquer dispositivo legal ou regra que vede ou desautorize o protesto dos créditos inscritos em dívida ativa em momento prévio à propositura da ação judicial de execução, desde que observados os requisitos previstos na legislação correlata. Reconhecimento da legalidade do Ato Normativo expedido pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

(CNJ - PP 200910000045376 – Rel. Cons. Morgana de Almeida Richa – 102ª Sessão – j. 06/04/2010 - DJ - e nº 62/2010 em 08/04/2010 p.8-9). Número do Processo PP 200910000045376.

Apenas para afastar quaisquer dúvidas acerca da possibilidade de se protestar CDA, o art. 25 da Lei nº 12.767, de 27 de Dezembro de 2012 alterou o art. 1º, parágrafo único da Lei nº 9.492, de 10 de Setembro de 1997 (que define a competência e regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida), que ficou com a seguinte redação, *verbis*:

Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.

É juridicamente POSSÍVEL o protesto da CDA. Para que isso possa ser demonstrado, é fundamental deixar marcado que, ao contrário do que ocorre com diversos entes federados, o procedimento de protesto, em Minas Gerais, encontra sólido fundamento na legislação mineira pertinente. Da mesma forma, é preciso deixar gizado que, a diferença do que ocorre na União e em alguns outros Estados, Minas Gerais não executa débitos de pequeno valor que são, exatamente, os que são levados a protesto.

Deixando claro: os argumentos no sentido de que não pode haver protesto porque o Estado já dispõe dos procedimentos para cobrança previstos na Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80) não procedem, porque o Estado de Minas Gerais, de forma diferente de outros entes da Federação, não se vale da execução fiscal e do protesto, mas apenas leva a protesto as CDA que não podem/devem ser executadas: ou Minas Gerais protesta (e isso ocorre para débitos de pequeno valor) ou executa (débitos de maior valor).

A questão é que, como demonstram exhaustivamente os estudos mencionados, os débitos de pequena monta poluem o Judiciário mineiro com uma infinidade de processos

judiciais, além do que, a cobrança judicial desses débitos traz severos prejuízos para o Erário. Em outras palavras, o Estado gastaria muito mais com os executivos fiscais de débitos menores do que poderia recuperar de receita, em flagrante ofensa ao princípio constitucional da economicidade, além de prejudicar toda a sociedade, inundando o Judiciário com processos de valores irrisórios.

Nesse compasso, o uso do “mecanismo alternativo” do protesto é uma exigência do interesse público, além de não traduzir maior onerosidade para o executado. Valer-se da máquina do Judiciário para cobrar valores irrisórios é ofender frontalmente o princípio da razoabilidade e o princípio constitucional explícito da economicidade (previsto no art. 70, *caput*, da Constituição da República de 1988 - CRFB/88).

A propósito, essa foi a razão que lastreou a decisão do STJ, que tinha submetido o Recurso Especial nº 1.126.515, que versa sobre a possibilidade de protesto de Certidão de Dívida Ativa pelo Município de Londrina, ao rito do art. 543-C, e reviu seu posicionamento, verificando que existem entes públicos que executam e protestam, e pessoas políticas que executam ou protestam. O que o STJ concluiu é que é preciso verificar todas as nuances dos casos em discussão, ou seja, a matéria não poderia ser decidida em sede de repetitivo porque existem Estados com diferentes legislações autorizativas do protesto e procedimentos diversificados.

O ajuizamento de execuções fiscais de pequeno valor sempre foi motivo de reclamações por parte de Juízes, de promotores e dos demais operadores do Direito, que defendem a adoção de medidas alternativas de cobrança para que não haja o engessamento do Judiciário em virtude do congestionamento da máquina judicial, em prejuízo dos demais jurisdicionados. A jurisprudência vinha mesmo sinalizando no sentido de que o Poder Público não poderia ajuizar ação de execução fiscal para a cobrança de débitos de pequeno valor. No Supremo Tribunal Federal (STF), destacam-se os seguintes julgados:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - INSIGNIFICÂNCIA DA DÍVIDA ATIVA EM COBRANÇA - AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR - EXTINÇÃO DO PROCESSO - AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO - CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE - RECURSO IMPROVIDO.

O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as decisões, que, em sede de execução fiscal, julgam extinto o respectivo processo, por ausência do interesse de agir, revelada pela insignificância ou pela pequena expressão econômica do valor da dívida ativa em cobrança, não transgridem os postulados da igualdade (CF, art. 5º, *'caput'*) e da - inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes" [grifou-se] (AI-AgR nº 451.096/DF, Min. Celso de Mello)". "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Inadmissibilidade. Execução Fiscal. Débito exequendo. Valor insignificante. Interesse de agir. Ausência. Extinção do processo. Ofensa ao artigo 5º, *caput* e inciso XXXV, da Constituição. Inexistência. Agravo regimental não provido. Precedentes. Não ofende o princípio da igualdade nem o postulado do livre acesso ao Poder Judiciário, decisão que, em execução fiscal, extingue o processo por falta de interesse de agir, quando se trate de débito de valor insignificante." (AI-AgR nº 464.957/DF, Min. Cezar Peluso)

Na mesma direção, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu:

"EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. VALOR ÍNFIMO. MANTIDOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO IMPUGNADA."

1. A jurisprudência desta Corte de Justiça já assentou o entendimento de que tem o Juiz o poder de verificar a presença do princípio da utilidade que informa a ação executiva.
2. A tutela jurisdicional executiva não deve ser prestada, quando a reduzida quantia perseguida pelo credor denota sua inutilidade, ainda mais quando se tem em vista a despesa pública que envolve a cobrança judicial da dívida ativa.
3. Recurso Especial improvido." (REsp nº 429.788/PR, Min. Castro Meira).

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA Nº 267/STF. EXECUÇÃO FISCAL. ART. 34 DA LEI Nº 6.830/80. VALOR DO DÉBITO INFERIOR A 50 ORTN'S. EXTINÇÃO DO PROCESSO. PRECEDENTES.

1. É cediço que, na forma estabelecida no art. 5º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, não cabe a impetração de mandado de segurança como sucedâneo de recurso legalmente cabível.
2. 'Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição' (Súmula nº 267/STF).
3. O STJ firmou entendimento de que, nas execuções fiscais em que o valor da dívida, monetariamente atualizada, for inferior a 50 ORTNs, não há interesse do Fisco em recorrer, uma vez que os gastos processuais serão superiores ao montante a ser arrecadado.
4. "Recurso em mandado de segurança não-provido" (RMS nº 15.252/SP, Min. João Otávio de Noronha)".

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VALOR ÍNFIMO. ARQUIVAMENTO DO FEITO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. ART. 557 DO CPC.

1. O Relator está autorizado a negar seguimento a recurso interposto em frontal oposição à jurisprudência dominante no respectivo Tribunal ou nos Tribunais Superiores, à época de seu julgamento. Ausência de ofensa ao artigo 557 do CPC.
2. As execuções fiscais pendentes referentes a débitos iguais ou inferiores a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), devem ter seus atos arquivados, sem baixa na distribuição. Exegese do artigo 20 da Lei nº 10.522/02. Evolução jurisprudencial.
3. Recurso especial provido em parte" [grifou-se] (REsp nº 875.636/SP, Min. Castro Meira)".

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CANCELAMENTO. VALOR ÍNFIMO. EXTINÇÃO DO FEITO. MEDIDA PROVISÓRIA 217679: VIOLAÇÃO AO ARTIGO 18, §1º CARACTERIZADA. VALOR SUPERIOR. RETORNO DO FEITO À ORIGEM PARA JULGAMENTO DA APELAÇÃO FAZENDÁRIA.

I - Constatado que o presente feito cuida de dívida que alcança montante superior a R\$ 9.000,00 (nove mil reais), o acórdão recorrido culminou por negar vigência ao artigo 18, § 1º da Medida Provisória 2.176-79 [posteriormente convertida na Lei Federal nº 10.522/02] que determina o arquivamento das execuções cujo valor seja inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) [o novo valor, conforme a Lei nº 10.522/02, é de R\$ 10.000,00] Precedentes: REsp nº 373.398/RJ, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 20/03/2006; REsp nº 574.992/RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 19/09/2005; AgRg no REsp nº 720.592/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 01/08/2005.

II - Recurso provido com a remessa do feito ao Tribunal de origem para que seja apreciado o mérito do recurso de apelação fazendário (REsp nº 827.442/RS, Min. Francisco Falcão)".



No mesmo sentido, pode-se ainda apontar os seguintes julgados: REsp nº 259.702/RJ, Min. Castro Meira; AgRg no REsp nº 352.073/RJ, Min. Humberto Gomes de Barros; AgRg no REsp nº 390.927/RJ, Min. Garcia Vieira.

O processo de execução fiscal de dívida ativa de valor inferior ao respectivo custo processual tem se tornado excessivamente oneroso para o Poder Público, além de mobilizar, a cada pleito executório, toda a máquina administrativa, bem como a judicial, em franco prejuízo ao interesse da coletividade.

O art. 70 da CRFB/88, expressamente, determina a “economicidade” na administração e fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial da União e dos demais entes de direito público; da mesma forma, o princípio da eficiência administrativa vem explícito no art. 37, estabelecendo que a atividade administrativa deva ser exercida com presteza e perfeição, ou seja, impõe o dever de boa administração. Nesse sentido, o Estado deve observância aos princípios fulcrais que regem a atividade administrativa, sob pena de antijuridicidade. Em outras palavras, o Estado não pode comprometer o patrimônio público e causar prejuízo ao Erário valendo-se de um mecanismo (execução fiscal de valores inexpressivos) que é mais oneroso do que pode trazer resultados. Da mesma forma, a Administração Pública observar ao princípio da proporcionalidade, isto é, deve se valer de meios razoáveis em relação ao fim (objetivo) que a lei almeja alcançar.

Como se verifica, para os casos concretos de valores mais baixos, seria antijurídico, por ofensa aos princípios da economicidade, razoabilidade e eficiência administrativa, o manejo de execução fiscal. Ademais, repugna a consciência jurídica e menospreza ao interesse público a exigência de cobrança de dívidas consideradas de pequeno valor, quando a lei permite o protesto da CDA.

O Estado não pode, em detrimento da coletividade, ser obrigado a ajuizar execução fiscal cujo custo lhe cause prejuízo. Afinal, eficiência, economicidade e responsabilidade de gestão fiscal são princípios constitucionais imperativos à Administração Pública.

## **CONCLUSÃO**

Em conclusão, pode-se afirmar que, em Minas Gerais, é perfeitamente possível o protesto da CDA. Tendo em vista o posicionamento anterior dos tribunais e a postura adotada por outros entes da Federação, cumpre deixar demonstrado que, ao contrário do que ocorre com outros entes, o procedimento de protesto, em Minas Gerais, encontra sólido fundamento na legislação mineira pertinente.

É preciso deixar gizado, da mesma forma, que, a diferença do que ocorre na União e em alguns outros Estados, Minas Gerais não executa débitos de pequeno valor e são estes que são levados a protesto. Nesse compasso, os argumentos no sentido de que não pode haver protesto porque o Estado já dispõe dos procedimentos para cobrança, previstos na Lei de Execução Fiscal não procedem e devem ser afastados, porque o Estado de Minas Gerais, de forma diferente de outros entes da Federação, não se vale da execução fiscal e do protesto, mas apenas leva a protesto as CDA que não serão executadas.

Destaca-se que cópia dos seguintes artigos publicados na Revista da AGE devem fazer parte das peças processuais que vierem a ser produzidas:

(1) BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MORAES, Reinaldo Carvalho de; SILVA, Priscilla Guedes Castilho da; PALOTTI, Pedro Lucas de Moura. Pagando para receber? Subsídios para uma política de cobrança da dívida ativa no setor público: resultados de pesquisa sobre o custo médio de uma execução fiscal em Minas Gerais. In: *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, v.5, p. 65-93, 2008.

(2) BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; BRANT, Dario; SOUZA, Luciano Neves; FAZITO, Fabrícia Lage; LIMA, Jamerson Jadson de; ROCHA, Esly Winder Ribas. Protesto extrajudicial da certidão da dívida ativa: uma alternativa louvável na resolução de conflitos para execuções fiscais de pequeno valor. In: *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, v.8, p. 81-98, 2011.

A presente Nota Jurídica Orientadora tem como finalidade homogeneizar os procedimentos dos Procuradores do Estado, dando um viés condutor uniforme para as atuações na AGE. Da mesma forma, aprovada a presente “Nota Jurídica Orientadora” pelo Advogado-Geral do Estado, solicita-se sua observância.

Belo Horizonte, 26 de dezembro de 2012.

*Onofre Alves Batista Júnior*  
*Procurador-Chefe da Procuradoria de Tributos e Assuntos Fiscais*

**EXMO. SR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DAS FAZENDAS PÚBLICAS DE DIVINÓPOLIS/MG**

Distribuição por dependência aos autos da

**AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL Nº 0223.12.003559-5**

O ESTADO DE MINAS GERAIS, pessoa jurídica de direito público interno com sede e foro na capital e com Advocacia-Regional localizada em Divinópolis/MG, na rua Mato Grosso, nº 600, 5º andar, Centro, CEP 35.500-000, vem, por seu Procurador, à presença de V.Exª, propor a presente MEDIDA CAUTELAR FISCAL (LEI FEDERAL 8.397/92) em face de **1) Geometria Indústria e Comércio de Bolsas Ltda.**, pessoa jurídica de Direito privado, CNPJ nº 08.429.428/0001-66, com endereço para citação na rua Itinga, nº 440, apartamento 402, bairro Bom Pastor, Divinópolis/MG, CEP: 35.500.192; **2) Ana Flor Confeções Bolsas e Acessórios Ltda.**, pessoa jurídica de Direito privado, CNPJ: 10.681.230/0001-17, com endereço para citação na rua Itinga, nº 440, apartamento 402, bairro Bom Pastor, Divinópolis/MG, CEP: 35.500.192; **3) Menina Flor Confeções Bolsas e Acessórios Ltda.**, pessoa jurídica de Direito privado, CNPJ: 11.098.778/0001-00, com endereço para citação na rua Minas Gerais, nº 310, loja 1, bairro Centro, Divinópolis/MG, CEP: 35.500-007; **4) Alessandra Maria Gontijo Rocha**, brasileiro, casada, empresária, CPF: 049.441.486-31, com endereço na rua Itinga, nº 440, apartamento 402, bairro Bom Pastor, Divinópolis/MG, CEP: 35.500.192; **5) Leonardo Henrique Rocha**, brasileiro, casado, empresário, CPF: 013.478.25690, com endereço na rua Itinga, nº 440, apartamento 402, bairro Bom Pastor, Divinópolis/MG, CEP: 35.500.192; **6) Sueli Aparecida Rocha**, brasileira, casada, comerciante, CPF: 749.884.686-15, com endereço na rua 3 de outubro, nº 86, bairro Centro, Divinópolis/MG, CEP: 35.500-046, com base nos seguintes fundamentos:

**I) DA LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA**

O autor é credor das pessoas jurídicas e pessoas naturais indicadas no preâmbulo da petição inicial, devendo ficar esclarecido que as pessoas jurídicas são contribuintes de ICMS (créditos inscritos em dívida ativa e objeto de execução fiscal) e as pessoas naturais são responsáveis pelo pagamento dos débitos, nos termos da legislação em vigor e na esteira do que será mais bem explicado no tópico seguinte.

**II) DOS FATOS**

O autor é credor das empresas requeridas e dos coobrigados e o débito global em aberto, todo ele devidamente inscrito em Dívida Ativa e objeto de suas correspondentes ações de execução fiscal (abaixo discriminadas), corresponde a quantia de R\$ 1.453.758,95:

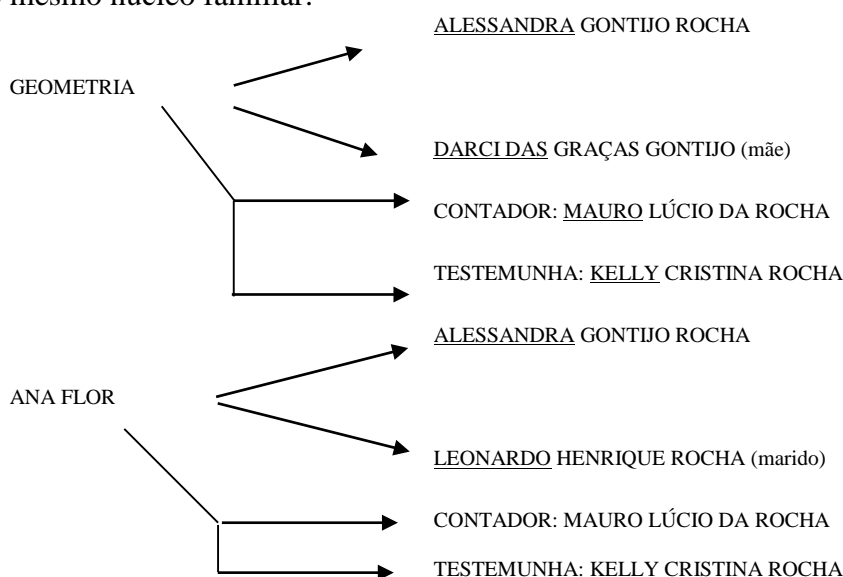
CDA	Execução Fiscal	Valor (R\$)
01.000172769-16	0223.12.006338-1	R\$ 90.163,66
05.000215629-21	0223.12.003559-5	R\$ 142.773,46
01.000173047-15	0223.12.008499-9	R\$ 269.505,41
01.000173048-98	0223.12.012171-8	R\$ 365.552,89
01.000172770-92	0223.12.007955-1	R\$ 218.722,72
05.000215630-05	0223.12.003592-6	R\$ 367.040,81

Ocorre que não obstante o valor expressivo do débito em questão, o credor não vem logrando êxito no intento de recuperá-lo em proveito dos cofres públicos, em virtude de sucessivos atos de simulação e fraude praticados por pessoas que compõe um mesmo núcleo familiar e que de forma combinada, conjunta e coordenada (mas não formalizada), utilizam-se das pessoas jurídicas como instrumento para a prática continuada de sonegação fiscal e blindagem patrimonial.

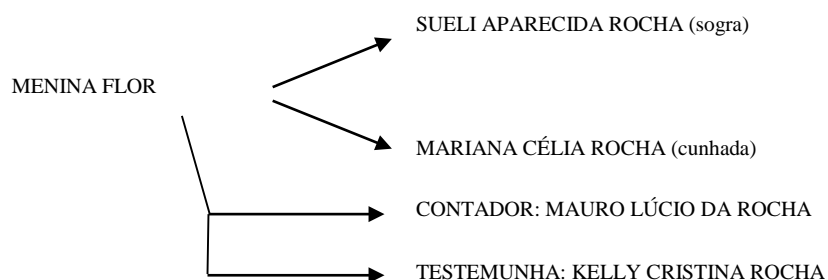
Com efeito, conforme documentos em anexo, os requeridos (pessoas naturais) são responsáveis pela criação das empresas Geometria Indústria e Comércio de bolsas Ltda., Ana Flor Confeções Bolsas e Acessórios Ltda. e Menina Flor Confeções Bolsas e Acessórios Ltda., todas elas com SEDE SOCIAL NOS MESMOS ENDEREÇOS<sup>27</sup>, com o mesmo objeto social, com o mesmo nome fantasia (Geometria) e utilizando a mesma marca (Geometria) em seus produtos, mesmo contador, mesmo endereço de e-mail (mazinhamn@yahoo.com.br). Mais adiante será demonstrado que até a forma de se sonegar imposto é igual.

Na verdade, os documentos em anexo comprovam que essas empresas, embora com personalidade jurídica distinta (manobra utilizada com o objetivo de sonegação fiscal), sempre foram consideradas em Divinópolis/MG como se fossem uma única empresa que, no entanto, possuía mais de um estabelecimento comercial (matriz e filial).

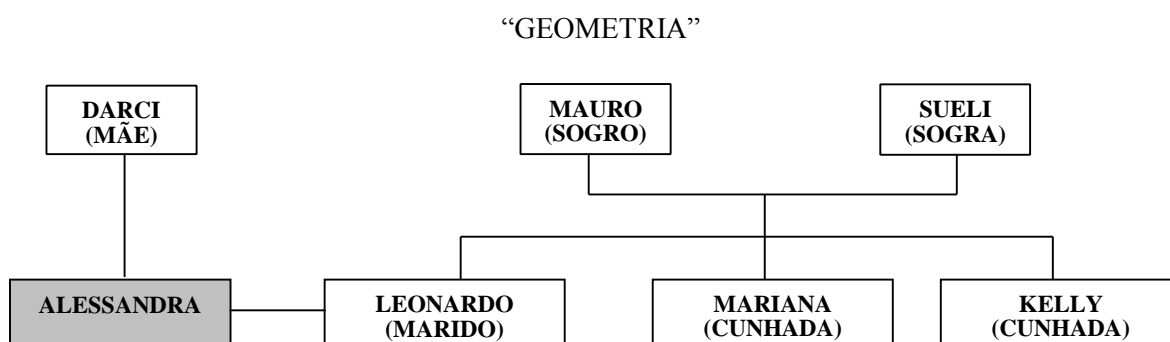
Quanto à COMPOSIÇÃO SOCIETÁRIA, percebe-se que os sócios das pessoas jurídicas, as pessoas que assinaram como testemunhas e o contador são parentes entre si, ou seja, compõe o mesmo núcleo familiar:



<sup>27</sup> Avenida JK, nº 1.200, loja 104, bairro Santa Clara, Divinópolis/MG. Rua Minas Gerais, nº 310, loja 1, bairro Centro, Divinópolis/MG.



**NÚCLEO FAMILIAR DO GRUPO ECONÔMICO**



A pessoa jurídica GEOMETRIA Ltda. foi criada em outubro de 2006 tendo como sócios a senhora ALESSANDRA GONTIJO ROCHA e sua mãe. O seu objeto social principal era a venda de bolsas que possuem a marca GEOMETRIA e a sede social dessa empresa localizava-se na Avenida JK, nº 1200, loja 104 (DIVISHOP):

Nome:	Geometria Indústria e Comércio de Bolsas Ltda.
Sócios:	Alessandra Gontijo Rocha e sua mãe (DARCI)
Objeto social:	Comércio de bolsas
Marca/Nome fantasia:	Geometria
Sede social:	Avenida JK, nº 1200, loja 104 (DIVISHOP)

Contador: Mauro Lúcio da Rocha

A pessoa jurídica ANA FLOR Ltda. foi criada em fevereiro de 2009 tendo como sócios a senhora ALESSANDRA GONTIJO ROCHA e seu pai. Posteriormente, ingressou na sociedade o seu marido. O seu objeto social principal era a venda de bolsas que possuem a marca GEOMETRIA e a sede social dessa empresa localizava-se na rua Minas Gerais, nº 310, loja 1, Centro:

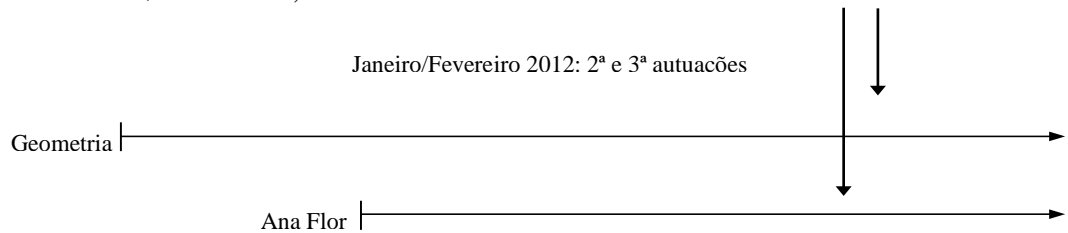
Nome:	Ana Flor Confecções, Bolsas e Acessórios Ltda.
Sócios:	Alessandra Gontijo Rocha, seu pai (VALTER) e marido (LEONARDO)
Objeto social:	Comércio de bolsas
Marca/Nome fantasia:	Geometria
Sede social:	Rua Minas Gerais, nº 310, loja 1, bairro Centro

Contador: Mauro Lúcio da Rocha

**DETALHE IMPORTANTE:** conforme documentos em anexo, embora com personalidade jurídica distinta, essas empresas sempre foram vistas em Divinópolis como se fossem uma única empresa (matriz e filial), face à identidade de dados característicos: mesma dona (ALESSANDRA), mesmo nome fantasia (GEOMETRIA) e mesma marca dos produtos (GEOMETRIA).

DETALHE IMPORTANTÍSSIMO: não é apenas a titularidade, nome fantasia e marca dos produtos que identificava essas empresas como sendo na realidade uma só. Até a forma de sonegar imposto era idêntica.

Com efeito, essas duas empresas (GEOMETRIA e ANA FLOR) foram autuadas pela Receita estadual em meados de 2011 e no início de 2012 por promoverem a saída de mercadorias através de cartão de crédito sem a emissão de nota fiscal no período de 2007 até 2011 (GEOMETRIA) e no período de 2009 até 2011 (ANA FLOR), o que resultou em um débito hoje no valor de R\$ 1.453.758,95.



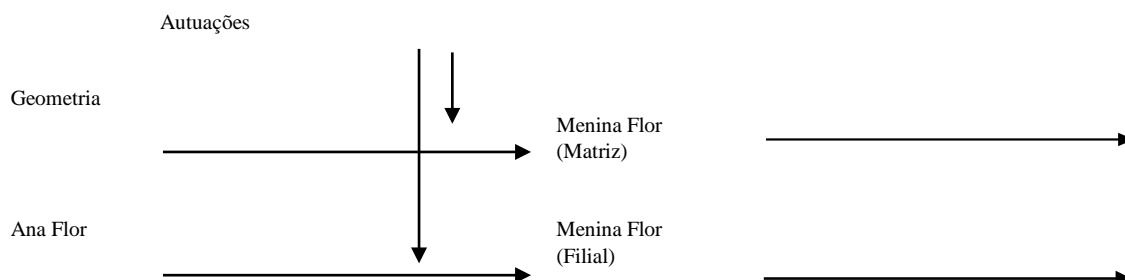
E QUAL A SOLUÇÃO GENIAL encontrada pelas empresas/sócios para equacionar o problema das autuações e se ver livre da responsabilidade pelo pagamento do crédito tributário e seus acessórios e continuar a sua atividade empresarial como se nada tivesse acontecido?

**CRIAR UMA NOVA EMPRESA DEIXANDO OS DÉBITOS PARA AS ANTIGAS !!!!!!!!!!!!!!!**

Isso mesmo: de forma contemporânea com as autuações acima referidas (início de 2012) as senhoras SUELI ROCHA e MARIANA ROCHA (sogra e cunhada da senhora ALESSANDRA) adquiriram as cotas de um restaurante que se localizava no Bairro Espírito Santo e:

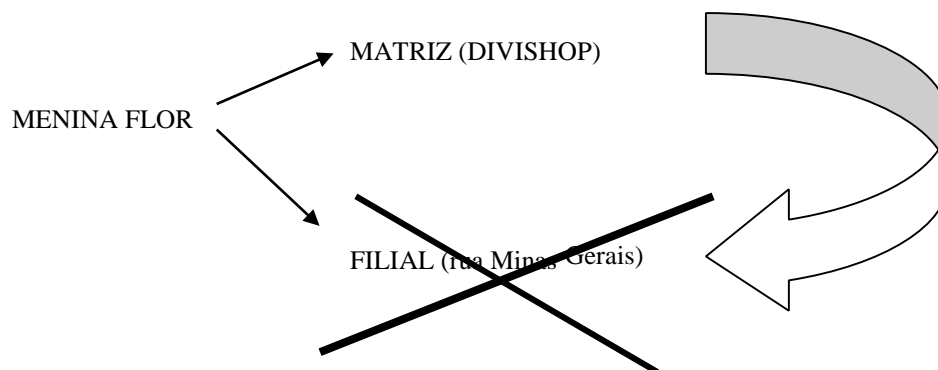
- Alteraram o local da sede social para a Avenida JK, nº 1.200, loja 104, bairro Santa Clara, Divinópolis/MG (mesmo da GEOMETRIA);
- Criaram uma filial na Rua Minas Gerais, nº 310, loja 1, bairro Centro, Divinópolis/MG (mesmo da ANA FLOR);
- Alteraram a razão social para MENINA FLOR CONFECÇÕES, BOLSAS E ACESSÓRIOS LTDA (parecido com ANA FLOR);
- Alteraram o objeto social do restaurante para comércio de bolsas (mesmo da GEOMETRIA e da ANA FLOR).

Essa manobra fraudulenta e simulada possibilitou a continuidade das atividades empresariais, dessa vez sob o manto de uma nova empresa (MENINA FLOR Ltda.), deixando o débito para as duas antigas:



As certidões dos Oficiais de Justiça expedidas nas execuções fiscais ajuizadas em desfavor das empresas pertencentes ao Grupo Econômico (cópias em anexo) comprovam que as empresas (sucessora e sucedidas) coexistiram durante alguns meses no início de 2012 nos mesmos endereços numa nítida/evidente demonstração de confusão patrimonial.

Outro detalhe IMPORTANTE e ESTARRECEDOR: a nova empresa (MENINA FLOR) “criou” uma filial no local onde já existia a empresa ANA FLOR (rua Minas Gerais) e, posteriormente, “extinguiu” essa filial e “transferiu” a matriz para esse mesmo endereço (fechando as portas da loja do DIVISHOP e mantendo aberta apenas a loja da rua Minas Gerais):



Essa filial extinta tinha o CNPJ nº 11.098.778/0002-82 e hoje no seu lugar funciona a MATRIZ (que funcionava no DIVISHOP e passou para a rua Minas Gerais) que tem o CNPJ nº 11.098.778/0001-00.

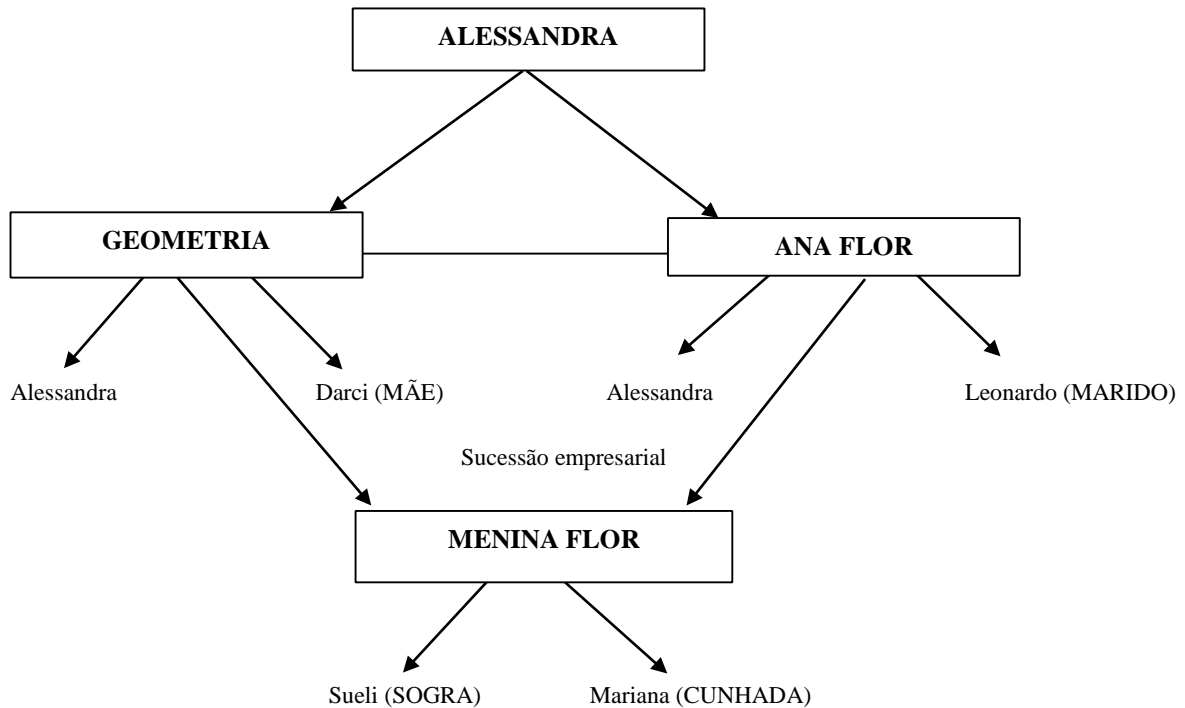
Qual não foi a surpresa do autor ao perceber em diligência realizada (aquisição de um produto) que a nova empresa (MENINA FLOR Ltda. - CNPJ: 11.098.778/0001-00) vem utilizando as mesmas práticas de sonegação fiscal das antigas (dessa vez de forma mais refinada), já que utilizou, em 13.03.2013, o CNPJ da filial que já havia sido extinta (11.098.778/0002-82) no seu terminal de cartão de crédito:



A nota fiscal foi emitida com o CNPJ da empresa.  
No terminal do cartão de crédito está o CNPJ da filial extinta.

Hoje, pelo menos por enquanto, os requeridos lograram êxito no seu intento, já que a “nova empresa” (MENINA FLOR) está em atividade sem nenhum débito, débitos esses que foram deixados para as antigas, o que resulta na responsabilização de todo o GRUPO ECONÔMICO, ou seja, do grupo de pessoas físicas e jurídicas que de forma combinada,

coordenada, mas não formalizada, se unem para praticar atos simulados com vistas a prática de sonegação fiscal e blindagem patrimonial:



Contador de todas as empresas do grupo econômico: Mauro (SOGRO)

### III) DOS FUNDAMENTOS

Conforme documentos em anexo, as empresas GEOMETRIA Ltda. e ANA FLOR Ltda. são devedoras do Estado de Minas Gerais pelo valor de R\$ 1.453.758,95, todo ele devidamente inscrito em Dívida Ativa e objeto das execuções fiscais nº 0223.12.0063381, nº 0223.12.003559-5, nº 0223.12.008499-9, nº 0223.12.012171-8, nº 0223.12.007955-1 e nº 0223.12.003592-6.

A empresa MENINA FLOR por sua vez, que até então era um restaurante (????), foi adquirida em data próxima à desativação das primeiras (GEOMETRIA e ANA FLOR) pela sogra da Sr.<sup>a</sup> ALESSANDRA, e passou a funcionar nos mesmos locais (as empresas inclusive coexistiram numa nítida demonstração de confusão patrimonial), com o mesmo objeto social, mesmo nome fantasia, mesma marca dos seus produtos, ou seja, única e exclusivamente para suceder/substituir as duas empresas “quebradas”.

Trata-se de uma clara manobra simulada/fraudulenta tomada com vistas a fraudar os credores (deixando as dívidas com a GEOMETRIA e com a ANA FLOR) e continuar a atividade empresarial.

Nesse contexto, a mesma (MENINA FLOR) é responsável solidária pelos débitos da GEOMETRIA e ANA FLOR, nos termos do artigo 133 do CTN, *in verbis*:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou



sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato.

A senhora ALESSANDRA, considerando o fechamento irregular das empresas GEOMETRIA e ANA FLOR, responde solidariamente pelos débitos, nos termos do artigo 135, inciso III do CTN e do enunciado de Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Súmula nº 435 - Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. (Superior Tribunal de Justiça)

No tocante aos demais sócios incluídos no pólo passivo da presente ação cautelar, considerando a sua ativa participação em negócios jurídicos simulados para burlar o fisco e demais credores, bem como a sua integração a um GRUPO ECONÔMICO resultante da atuação conjunta, combinada e coordenada de pessoas físicas e jurídicas, é evidente a sua responsabilidade pelo pagamento dos débitos das empresas, nos termos dos artigos 50, 987 e 990 do Código Civil e 124, inciso I, 126, inciso III, 134 e 135 do CTN, *in verbis*:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

Art. 126. A capacidade tributária passiva independe:

(...)

III - de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.

.....

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

(...)

Art. 987. Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo.

Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

Nesse mesmo sentido é o entendimento jurisprudencial:

“Evidente é a fraude contra credores se demonstrado conluio estabelecido entre familiares, consubstanciada na sucessão de empresas, logo, os adquirentes responsabilizam-se pelo patrimônio adquirido. Inteligência do artigo 133, I, CTN.” (TRF3; Apelação Cível nº 89030040899/SP; 1ª Turma; Relator: Juiz Theotônio Costa).

“Se existe indício de fraude na condução dos negócios celebrados pelas empresas por parte dos sócios, bem como a lesão a direito de terceiros, os bens particulares daqueles devem responder pelas dívidas contraídas, sendo também a hipótese de desconsiderar a personalidade jurídica das duas sociedades cujos negócios são promíscuos para considerá-las uma só para fins de penhora.” (TAMG. Apelação Cível nº 484.958-9; Órgão Julgador: 9ª Câmara Cível; Relatora: Juíza Márcia de Paoli Balbino).

#### IV) DO PEDIDO LIMINAR DA MEDIDA CAUTELAR FISCAL

O exame dos documentos que instruem a petição inicial demonstra a ocorrência de uma série de hipóteses que autorizam o deferimento da medida cautelar fiscal, inclusive liminarmente (art. 7º, Lei nº 8.397/1992), já que as rés praticaram uma série de atos simulados com vistas a impedir a satisfação do crédito devido pela GEOMETRIA e ANA FLOR, em especial a criação de uma nova empresa (MENINA FLOR) para suceder as duas antigas, que ficaram com as dívidas em prejuízo dos credores (art.2º, inciso IX da Lei nº 8.397/1992).

Além disso, as execuções fiscais não estão garantidas e não há notícia de patrimônio de nenhum dos réus suficiente para a satisfação do imenso passivo formado (art.2º, incisos V, alínea “a” e VI da Lei 8.397/1992).

Por fim, as duas primeiras empresas estão desativadas, o que dificulta ainda mais a satisfação do crédito tributário em cobrança (art.2º, inciso VIII da Lei nº 8.397/1992).

#### CONCLUSÃO

Ante o exposto, requer:

1) O deferimento de medida liminar para se decretar a indisponibilidade dos bens e direitos dos requeridos até o limite do crédito tributário em execução, ou seja, R\$ 1.453.758,95, devendo, para tanto:

1.1) Se fazer o bloqueio, via BACENJUD, de valores e aplicações financeiras de titularidade de todos os réus, devendo ficar consignado que no tocante à empresa MENINA FLOR os CNPJ são os seguintes: 11.098.778/0001-00 e 11.098.778/0002-82 (CNPJ de uma filial extinta, mas que é usado para vender pelo cartão de crédito);

1.2) Se fazer o bloqueio da receita proveniente das vendas realizadas pela empresa MENINA FLOR (CNPJ: 11.098.778/0001-00 e 11.098.778/0002-82) por meio de cartão de débito e de crédito, mediante o envio de ofício para as empresas Mastercard Brasil Soluções<sup>28</sup>, Visa do Brasil Empreendimentos Ltda.<sup>29</sup>, Visanet<sup>30</sup>, American Express do Brasil e Cia<sup>31</sup> e Redecard<sup>6</sup>, na pessoa de seus representantes legais, para depositarem à disposição desse juízo os valores encontrados;

1.3) Serem oficiados os Cartórios de Registro de Imóveis de Itaúna/MG, Divinópolis/MG, e Carmo do Cajuru/MG para tomarem conhecimento da indisponibilidade decretada judicialmente;

1.4) Ser oficiada a JUCEMG para tomar conhecimento da indisponibilidade decretada judicialmente par que faça a anotação no

---

<sup>28</sup> Av. das Nações Unidas nº 12.901, 26º andar, Torre norte, bairro Chácara Itaim, São Paulo/SP, CEP 04.578-000.

<sup>29</sup> Av. Brigadeiro Faria Lima, nº 3.729, 3º andar, bairro Jardim Paulistano, São Paulo/SP, CEP 04.538-133.

<sup>30</sup> Caixa Postal nº 21.479, São Paulo/SP, CEP 04.602-970.

<sup>31</sup> Av. Maria Coelho Aguiar, nº 215, Bloco F, 8º andar, São Paulo/SP, CEP: 05.804-907. <sup>6</sup>

Caixa Postal nº 4695, São Paulo/SP, CEP 01.009-972.

registro das empresas, bem como em eventuais outras empresas de titularidade dos demais réus (para futura penhora dessas cotas);

1.5) Ser incluído bloqueio de transferência de veículos de todos os réus via RENAJUD;

1.6) Ser oficiado Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI (Praça Mauá, nº 7, Centro, Rio de Janeiro/RJ - CEP: 20.081-240.), para tomar conhecimento da indisponibilidade decretada judicialmente e para que faça a anotação nos seus registros nº 901082767, nº 901082856 e nº 901082716 de que a marca “GEOMETRIA”, de propriedade da requerida GEOMETRIA Ltda., encontra-se INDISPONÍVEL;

2) A citação dos réus, por mandado, no endereço mencionado no preâmbulo da petição inicial, para, querendo, contestar a presente ação no prazo legal;

3) Considerando os gravíssimos fatos narrados na presente, a intimação do Ministério Público na pessoa do seu órgão de execução;

4) Ao final, sejam julgados procedentes os pedidos iniciais, com a confirmação da medida liminar inicialmente deferida, para que se mantenham bloqueados e indisponíveis todos os bens de propriedade dos réus até que os mesmos promovam a devida quitação do crédito tributário e a sua condenação nas custas, despesas processuais e nos honorários a serem arbitrados pelo juízo.

5) Para provar o alegado, requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidas, principalmente a documental, pericial, testemunhal.

Dá-se à causa o valor de R\$ 10.000,00

Divinópolis, 19 de abril de 2013.

*Gustavo Luiz Freitas de Oliveira Enoque*  
*Procurador do Estado*



**EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) JUIZ (A) DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE JEQUITINHONHA**

**AÇÃO DE USUCAPIÃO Nº 0032572-82.2011.8.13.0358**

**REQUERENTE:** Osvaldo Miranda Murta Filho

**REQUERIDO:** Estado de Minas Gerais

O ESTADO DE MINAS GERAIS, nos autos da ação de usucapião proposta nesse Juízo por Osvaldo Miranda Murta Filho, já qualificado, vem perante V.Ex<sup>a</sup> por seus procuradores “*in fine*” assinados para contestar a ação nos seguintes termos:

**I. PRELIMINARMENTE**

**I. CARÊNCIA DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO**

O imóvel usucapiendo não tem registro imobiliário e é terreno devoluto como reconhece o próprio autor, não sendo, portanto, do domínio privado. O Código de Processo Civil, no Capítulo VII trata exclusivamente de usucapião de TERRAS PARTICULARES, já que está definitivamente estratificado pela Súmula 340 do STF que os bens públicos. Entre estas as terras que não possuem registro imobiliário, tais como as terras devolutas, não podem ser adquiridos por usucapião.

A Doutrina e a Jurisprudência são unânimes em reconhecer que inexistem terras sem dono e como a prova do domínio particular só se faz com o registro, inexistindo este, conclui-se que imóvel sem registro nunca saiu do domínio público que é a sua natureza originária.

Cabiam aos autores provar com a inicial a natureza particular do imóvel usucapiendo, como condição da ação. Não o fazendo, deram causa à decretação da carência da ação pela impossibilidade jurídica do pedido.

Acórdão do TJMG, in: *Jurisprudência Mineira*, v. 68 e seguintes, na Apelação Cível 42.656, sendo Rel. o Desembargador Ribeiro do Valle, considerou os autores de uma ação de usucapião de terras sem registro carecedores da ação. Esta é a ementa do referido acórdão:

“Milita a favor do Estado a presunção *juris tantum* de ser o dono de qualquer solo. Ao particular é que incumbe provar a cadeia de títulos sucessórios, ou por título hábil, o desmembramento da gleba, que a destacou do patrimônio público.”

Diz o eminente Relator no seu voto às fls. 109:

“Ora, o Código de Processo Civil em vigor, no Capítulo VII, trata da ação de usucapião de terras particulares. Não se pode, portanto, falar em usucapião de terras devolutas.”

Ensina Chiovenda (*Instituições de direito processual civil*) que inexistindo uma “vontade abstrata da lei” que associada ao fato possa resultar numa “vontade concreta da lei”, o pedido é impossível.

**2. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE FORMAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL**

De acordo com o disposto no artigo 942 do CPC, o promovente da ação de usucapião deve requerer a citação daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo. Inexistindo transcrição ou registro, o autor não pode cumprir o supra citado mandamento, exatamente por inexistir domínio particular.

Não há que se falar na necessidade de ação discriminatória prévia para se considerar como sendo pública a terra devoluta. A finalidade da ação discriminatória, de natureza declaratória, é apenas a de extremar a terra devoluta da terra pertencente ao particular.

Portanto, uma das condições indispensáveis exigidas pelo Código de Processo Civil a fim de que a pretensão seja atendida é a de que o autor promova a citação daquele em cujo nome esteja transcrito o imóvel. Não atendido tal pressuposto a demanda não pode prosperar. E porque não pode o autor cumprir o pressuposto legal supra citado? Exatamente porque inexistindo registro imobiliário inexistente domínio particular.

### **3. INÉPCIA DA INICIAL POR NÃO DESCREVER A ÁREA USUCAPIENDA E NEM APRESENTAR A RESPECTIVA PLANTA**

O autor diz ser proprietária de 15.919 há (quinze mil novecentos e dezenove hectares) de terras devolutas, sem descrevê-las através de memorial descritivo e planta. A seguir, diz que referido imóvel foi objeto de retificação passando a se constituir de 1.426.6542 há em comum com outro em área de 7.133.2708 ha e parte de terras devolutas com área de 5.706.6166 ha da área de 7.133.2708.

Por aí se vê que o objeto da ação não está definido e, como consequência não tem nem planta nem memorial descritivo, não sendo um objeto certo e determinado.

Diante do exposto, requer seja decretada a carência da ação, nos termos do artigo 301, c/c artigos 267, VI e 329 do Código de Processo Civil ou que seja indeferida a inicial, por inepta, na forma do artigo 295, I, parágrafo único, III, com uma sentença terminativa pondo fim ao processo, com a condenação dos autos ao pagamento de custas, honorários advocatícios e demais cominações legais.

Atento, entretanto, ao princípio da concentração da defesa e da eventualidade, alega ainda:

## **II. NO MÉRITO**

### **1. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DA ÁREA USUCAPIENDA**

O próprio autor afirma que o imóvel usucapiendo constitui-se de terras devolutas que não dispõe de qualquer registro imobiliário, mesmo porque o objeto da ação é exatamente o de obter o registro abrindo-se matrícula para o imóvel.

### **2. O IMÓVEL USUCAPIENDO É CONSTITUÍDO POR TERRAS DEVOLUTAS**

Como o próprio autor reconhece o imóvel usucapiendo é constituído de terras devolutas, razão porque inexistente qualquer registro imobiliário do mesmo. Portanto, além da afirmação do próprio autor todas as evidências apontam no sentido de tratar-se o referido imóvel de terras devolutas, na forma do disposto na Lei nº 601/1850, Constituição Federal de 1891 e

Lei Estadual nº 11.020/93. A falta de registro passa a se constituir em forte indício de devolutividade, para não dizer de certeza conforme será demonstrado.

O conceito de terras devolutas emerge da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, abaixo transcrito:

“Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal.

§ 2º As que não se acharem no domínio particular ou qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4º As que não se acharem ocupadas por posses, que apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei.”

Referida Lei nº 601/1850 visou regularizar a situação das sesmarias e das posses ou ocupações, permitindo aos interessados uma titularidade definitiva. Os doutrinadores, de um modo geral, assim resumiram o problema, considerando como terras devolutas:

- a) As terras que não estão aplicadas a algum uso público nacional, estadual ou municipal;
- b) As que não estavam na posse de algum particular, com ou sem título, em 1850;
- c) As que não estavam no domínio de particular, em virtude de título legítimo.

Dispondo sobre concessão de terras devolutas a Lei nº 550, de 20 de dezembro de 1949, é bastante clara:

“Art. 1º São terras devolutas as que, havendo passado ao domínio do Estado, por força da Constituição da República:

- a) Não se acharem sob o domínio particular por qualquer título legítimo, nos precisos termos do § 2º, do artigo 3º da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850;
- b) Não tiverem sido adquiridas por título de sesmaria ou outras concessões do Governo, não incursas em comisso por falta de cumprimento de medição, confirmação e cultura;
- c) Estiverem ocupadas por posseiros ou concessionários incursos em comisso, por não as terem legitimado ou revalidado ou pago o preço e demais despesas da concessão, dentro dos prazos e na forma estabelecida pela legislação anterior;
- d) Não se acharem aplicadas a algum uso público federal, estadual ou municipal.

Artigo 2º São títulos legítimos todos aqueles que, segundo a lei, são aptos para transferir o domínio, e se distinguem:

- a) Em títulos de sesmarias e outras concessões e atos de transmissão de imóveis expedidos pelo Governo, não incursos em comisso;
- b) Em títulos reconhecidos por direito hábeis para transferir domínio, passados anteriormente a 30 de janeiro de 1854, pelos possuidores de terras adquiridas por ocupação primária ou por concessões de sesmarias, não medidas ou não confirmadas nem cultivadas, reconhecidas do domínio particular.

Art. 3º Os escritos particulares de compra e venda ou doação, nos casos em que, por direito, são aptos para transferir o domínio de bens de raiz, consideram-se legítimos, se o pagamento do respectivo imposto se tiver verificado antes da publicação do Decreto nº 1.318 de 30 de janeiro de 1854”.

Historicamente todas as terras brasileiras pertenciam a Portugal por direito de conquista. Passaram ao domínio Nacional com a Independência e, por força da Constituição Federal de 1891 vieram a pertencer aos Estados-membros. Desde o século XVI começou o desmembramento através das sesmarias e datas, ficando a validade de cada desmembramento dependendo do título expedido pela autoridade pública competente.

É indispensável, portanto, que haja um destaque válido, de tal forma que se possa perquirir a cadeia dominial até o primeiro momento em que as terras públicas passam para o domínio particular.

O Dr. Weliton Militão dos Santos, em dissertação apresentada à UNB defendida perante banca examinadora daquela universidade, assim se expressou a respeito do tema:

“Diferentemente do que muitos chefes de cartórios imobiliários pensam, consuetudinariamente, o Registro Imobiliário, exatamente por incrustar-se na presunção relativa de veracidade – *iuris tantum* – decorrente do art. 859 do CCDB, não garante àquele, em nome de quem está registrado o imóvel, a segurança plena de que pensa possuir o detentor do título registrado em cartório, cuja presunção absoluta da verdadeira acepção do *jus domini* reside no fato de que o título deve ter sua origem num destaque válido, desde quando o imóvel era do domínio público, sendo cediço que, qualquer defeito que tenha o condão de desjuntar a cadeia dominial, cingindo-a, conseqüentizará na ineficácia do título que se diz dominial, ou transferidor de *jus in re*. Necessário se mostra, pois, observar o silogismo metodológico na perquirição da cadeia dominial, com todas as suas premissas, partindo-se da certeza jurídica no sentido de que: para o direito posto, nesta terra de Santa Cruz, toda propriedade, desde o descobrimento (mais precisamente, desde a edição da *Bula Inter Coetera*, no ano de 1493), era do domínio público, somente o podendo aliená-las – premissa maior -, há de haver uma cadeia dominial, destituída de vícios, legal e legítima, portanto, ligando o título, de maneira sequencial, à sua origem (domínio público), até chegar ao excepcional domínio privado, cujo regular desenvolvimento da cadeia dominial, desta forma, não poderá destoar-se da sintonia, Sistema Semarial (sustentado pelas *Ordenações Afonsinas*, Livro IV, tit. 81, §1º), que vigorou desde a confirmação do Tratado de Tordesilhas, em 1504, pela *Bula Ea Quae*, até a Resolução do Príncipe Regente, Dom Pedro I, de 17 de junho de 1822, passando pelo regime empírico das posses precárias, dessa data, até a edição da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, ingressando-se, aí, na fase republicana – premissa menor - ...”

Portanto, é indispensável para a validade do título dominial que haja um destaque válido desde quando o imóvel era do domínio público, cuja cadeia dominial não pode ser cingida.

Ora, não tendo o imóvel usucapiendo qualquer registro, trata-se de terras devolutas que “são aquelas que não foram desmembradas do patrimônio público por um título legítimo” (Antônio Maria Claret Maia, *Instituto de terras devolutas e a legislação fundiária do Estado de Minas Gerais*, 1994, p. 28). E continua o supra citado autor às fls. 28:

“Considera-se “título legítimo” aquele que, segundo a lei civil, seja apto para transferir o domínio, estendendo-se, também, como tais, os títulos de sesmarias, expedidos pelo Governo, desde que não incursos em comisso; sesmarias não confirmadas, mas revalidadas de acordo com a Lei nº 601, de 1850; as escrituras particulares de compra e venda ou doação, desde que o pagamento do “imposto de Siza” – alvará de 03 de julho de 1809 – tenha sido realizado antes da publicação do Decreto nº 1318, de 1854; legitimação das posses, de acordo com as legislações de terras; bem como as terras inscritas no Registro Torrens e decisões judiciais sobre terras transitadas em julgado, com efeito constitutivo de direitos.”



Seguindo o mesmo conceito de terras devolutas, também o fazem a Lei Estadual nº 9681, de 12 de outubro de 1988 e o Decreto nº 34801, de 28 de junho de 1993.

Para Ernani Fidélis dos Santos, “conquistado o território por Portugal, as terras brasileiras se incorporaram ao domínio da Coroa Portuguesa. Com a independência do Brasil, as terras passaram para o Império Brasileiro. Como era natural, houve o apossamento de terras pelos particulares, fosse por vontade própria, fosse por concessão do Poder Público. A partir de 18 de setembro de 1850, com a Lei nº 601, disciplinou-se a forma de legitimação de terras particulares, muitas delas já recebendo transcrição após 1917, na vigência do Código Civil. As terras que não foram legitimadas são consideradas devolutas e, como tal, não se acham transcritas, sendo seu título de origem apenas a ocupação estatal primitiva do território”. (*Manual de direito processual civil*, Saraiva, 3.ed., v.3, p. 161).

Nesse mesmo sentido ensina Hely Lopes Meirelles:

“No Brasil todas as terras foram, originariamente, públicas por pertencentes à Nação Portuguesa, por direito de conquista. Depois passaram ao Império e à República, sempre como domínio do Estado. A transferência de terras públicas aos particulares se deu, paulatinamente, por meio de concessões, de sesmarias e de datas, compra e venda, doação e legitimação de posse. Daí a regra de que toda a terra sem título de propriedade particular é de domínio público.” (*Direito administrativo brasileiro*, 11.ed., p. 452).

Assim, o conceito de terras devolutas é obtido por exclusão, ou seja, as terras que não tiverem ingressado no patrimônio particular por título legítimo, são, em consequência, devolutas. Ensina Gisele Beltrame, in: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 33, p. 16, *in verbis*:

“Terras devolutas são, portanto, aquelas que não ingressaram por meio legítimo, no patrimônio particular. O Estado, no entanto, não possui um documento que afirme ser devoluta determinada área. A propriedade do Poder Público sobre as terras devolutas está baseada em razões históricas: o título originário do domínio público foi a posse da terra pelo descobridor, constituindo-se a partir daí, o patrimônio da Nação...”

Nem o Registro Paroquial ou Registro do Vigário é documento que assegure ao particular título dominial, nos termos do Decreto nº 1318, de 30 de janeiro de 1854, especialmente os artigos 93 e 94, *in verbis*:

“Art. 93. As declarações para o registro serão feitas pelos possuidores, que as escreverão, ou farão escrever por outrem em dois exemplares iguais, assinando-os ambos, ou fazendo-os assinar pelo indivíduo que os houver escritos, se os possuidores não souberem escrever.

Art. 94. As declarações para o registro das terras possuídas por menores, índios ou quaisquer Corporações serão feitas por seus Pais, Tutores, Curadores, Diretores, ou encarregados da administração de seus bens e terras. As declarações de que tratam este artigo e o artigo antecedente, não conferem algum direito aos possuidores.”

O Desembargador Federal Tourinho Neto proferiu o seguinte voto na apelação cível AC 890122579-4/MA, DJ 19/02/1990:

“... Na verdade, o artigo 7º da Lei nº 601, de 18.09.850 dispunha:

“O Governo marcará os prazos dentro dos quais deverão ser medidas as terras adquiridas por posses ou por sesmarias, ou por outras concessões, que estejam por medir, assim como designará e instruirá as pessoas que devam fazer a medição, atendendo às circunstâncias de cada Província, comarca e município, e podendo

prorrogar os prazos marcados, quando julgar conveniente, por medida geral que compreenda todos os possuidores da mesma Província, comarca e município, onde a prorrogação convier”

E, no art. II., impunha:

“Os posseiros serão obrigados a atirar títulos dos terrenos que lhes ficarem pertencendo por efeito desta lei, e sem eles não poderão hipotecar os mesmos terrenos, nem aliená-los por qualquer modo”

O Decreto nº 1318, de 30.01.1854, que mandou executar a Lei nº 601/1850, no art. 91 do seu regulamento rezava: “Todos os possuidores de terras, qualquer que seja o título de sua propriedade, ou possessão, são obrigados a fazer registrar as terras que possuírem, dentro dos prazos marcos pelo presente regulamento, os quais se começarão a contar, na Corte e Província do Rio de Janeiro, da data fixada pelo Ministro e Secretário de Estado dos Negócios do Império, e nas Províncias, da fixada pelo respectivo Presidente. Por fim, o artigo 107 determinava:

“Findos os prazos estabelecidos para o registro, os exemplares emassados se conservarão no Arquivo das Províncias, e os livros de registro serão remetidos ao Delegado do Diretor Geral das Terras Públicas da Província respectiva, para em vista deles formar o registro geral das terras possuídas na Província, do qual se enviará cópia ao supra dito Diretor para a organização do registro geral das terras possuídas no Império. Esse primeiro documento, os autores não apresentaram para comprovar o início da cadeia sucessória.”

Na Apelação Cível nº 2001.01.00.031.421/6 MG, em acórdão publicado no DOU de 26 de fevereiro de 2003, a relatora Desembargadora Federal Silene Maria de Almeida, citando parecer do “*parquet*” proferiu o seguinte voto:

“Por outro lado, ainda que se admitisse a existência do Registro Paroquial, não seria ele instrumento hábil para conferir direito de propriedade como afirmou o autor. Consagrada doutrina é uníssona em afirmar que o registro paroquial, por si só, nunca foi considerado título de domínio, até porque apenas enunciava declarações unilaterais dos autos-proclamados possuidores, sem que nem a posse nem as dimensões da área restassem provadas. Ademais, havia a determinação expressa do art. 94 do Decreto nº 1318/1854, que regulamentou a Lei nº 601, de 1850 (*Código de Terras*), no sentido de que “as declarações de que tratam este e o artigo antecedente não conferem algum direito aos possuidores”, referindo-se às declarações de posse...”

Em Parecer intitulado “Titulação Constitucional dos Estados para a primeira alienação de terras devolutas”, Victor Nunes Leal, com a autoridade de que desfruta na comunidade jurídica, afirma que o domínio da União e dos Estados sobre os bens que a Constituição lhes atribui independe de qualquer título formal e aduz:

“95. Essa evidência se reforça quando se lembra o fato indiscutível de que a própria origem histórica da propriedade fundiária no Brasil imporia, de qualquer modo, a solução consagrada pelo ordenamento positivo, de que a dominialidade pública das terras se apura “por exclusão das que devam ser consideradas particulares; e não se pode exigir documento do Poder Público para prova de seu domínio e sim apurar este domínio por exclusão das terras cobertas juridicamente por título hábil devidamente filiado, nos termos do direito vigente.

96. Objeto de conquista e posse em nome do Rei de Portugal – notou Aliomar Baleeiro (RE 51.290 RTJ 48/53) – As terras do Brasil passaram a ser “uma fazenda do Rei” e, a rigor permaneceram quase íntegras no domínio privado da Coroa, até a Independência. Mesmo somadas as sesmarias convalidadas e as posses legitimadas pela Lei nº 601, de 18.09.1850 às alienações ocorridas até a proclamação da República, pode dizer que ainda assim não se lograra desfalcocar o território – todo ele, a princípio, terra devoluta,

senão de parcelas relativamente pequenas, sem diminuir-lhes, aliás, as proporções colossais.

De tudo isso resultou – repita-se – o critério de que as terras devolutas, no direito brasileiro, se apuram por exclusão das terras alienadas pelo Estado aos particulares ou por elas usucapidas até a vigência do Código Civil...”.

Como se vê, o imóvel usucapiendo não tem registro e muito menos a comprovação do primeiro destaque válido passando-o de bem público para bem particular.

### **3. O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE**

O princípio da continuidade, que se apoia na da especialidade, implica em que com relação a cada imóvel, claramente individualizado, com limites e confrontações, deve existir uma cadeia de titularidade à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Portanto, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, garantem sempre a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente, como ensina Afrânio de Carvalho, no seu livro *Registro de Imóveis* (Forense, 3.ed. Rio de Janeiro, 1982, p. 243).

Nenhum registro pode ser efetuado sem a prévia menção ao título anterior, constituindo, assim, a eficácia normal do registro. Cada assento deve apoiar-se no anterior, formando um encadeamento histórico ininterrupto das titularidades jurídicas de cada imóvel, de tal forma que o imóvel usucapiendo, sem qualquer registro, afrontaria o princípio da continuidade ao ser levado a registro.

### **4. A AQUISIÇÃO DERIVADA**

Ainda que o imóvel usucapiendo, por hipótese, tivesse transcrição, tal fato não asseguraria ao mesmo legitimidade sem a prova de que tenha sido objeto de um primeiro destaque válido do patrimônio público para o particular. Isto porque, imóveis sem nenhum registro podem ser objeto de posse e algum dia, com a morte de seus ocupantes, acabam por ser inventariados e objeto de divisão, já que a sentença proferida no inventário e partilha serve de título para um primeiro registro, deflagrando daí a cadeia sucessória.

Na verdade, tal procedimento configura uma aquisição derivada, sem que haja prova de propriedade particular anterior, sem que haja qualquer destaque do imóvel do patrimônio público nos termos da Lei de Terras de 1850. A divisão judicial de terras ou sentença de adjudicação em inventário, de imóveis que não têm título anterior, ou seja, não têm origem, tem sido prática comum e centenária de burlar os princípios da especialidade e da continuidade, já que os títulos de transmissão causa mortis e os atos judiciais escapavam e ainda escapam da análise e censura por parte do Oficial de Registro.

Inexistindo qualquer título de transferência do domínio público para o particular, os que ocupam o imóvel ou tem sobre o mesmo alguma pretensão, acabam um dia por inventariá-lo. Daí, como consequência da homologação da partilha, dá-se a adjudicação com a abertura da primeira matrícula ou registro. Assim, o inventário e/ou divisão do imóvel que jamais teve qualquer origem, transforma-se num modo de aquisição originária da propriedade, com a apropriação ilegítima de terras do domínio público.

## 5. O ÔNUS DA PROVA

Ao autor, na ação de usucapião, cabe a prova de que o imóvel usucapiendo deixou de pertencer ao domínio público, demonstrando por uma cadeia sucessória que o mesmo teria sido desmembrado, por título legítimo, do domínio público, passando para a propriedade particular. O ônus dessa prova recai sobre o autor não só por militar a favor do Estado a presunção de devolutividade (o que “*in casu*” é certeza como afirma o autor) dada a inexistência de qualquer registro, mas também porque seria impossível ao Estado fazer a prova de fato negativo indefinido, ou seja, que inexistiu a passagem ou o trespasse da propriedade pública para o domínio particular.

O v. acórdão do FFR 1ª R. Ap. Cível 2001.01.00.031421-6/MG no caso da gleba “Barreirinho” em Unaí, DOU de 26 de fevereiro de 2003, assim decidiu, *in verbis*:

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO DISCRIMINATÓRIA – Ausência de Comprovação Relativa à Regularidade do Registro Imobiliário – Terras Devolutas – Provimento das apelações.

1. A ação discriminatória tem como objetivo precípuo afastar incerteza jurídica relativa do domínio de terras. Pela sentença fica estabelecido a delimitação das terras pública, estabelecendo o que é do Estado e o que pertence ao particular.
2. Se nos autos, o particular não faz comprovação do início e da regularidade da cadeia dominial do imóvel, não é correto julgar improcedente o pedido discriminatório com a justificativa de manutenção da segurança jurídica.
3. Inexistente prova de constituição válida da cadeia dominial deve ser acolhido o pedido inicial para julgar procedente a ação discriminatória proposta, reconhecendo que as terras em questão são devolutas, pois conforme o disposto na Lei nº 601 de 1850, era proibida a aquisição de terras devolutas, por outro título que não o de compra, título que inexistente nos autos.”

O STF, in: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 48, p. 1274, abr. 1969, por sua 2ª Turma, no acórdão 51.290, firmou jurisprudência:

Voto do Ministro Evandro Lins (p. 52):

“E é por isso que as terras públicas, em geral, se apuram por exclusão das que devam ser consideradas particulares; e não se pode exigir “documento” ao Poder Público para prova de seu domínio, e sim apurar este domínio por exclusão das áreas cobertas, juridicamente por título hábil, devidamente filiado nos termos do direito vigente”

Voto do Ministro Aliomar Baleeiro (p. 53)

“As terras do Brasil foram objeto de conquista e posse, por Pedro Álvares Cabral, para o Rei de Portugal. Ela passou a ser uma fazenda do Rei, ficando no domínio real até a Independência, quando foi transferida para o Patrimônio Nacional, lá permanecendo todo o tempo do Império, até que o art. 64 da Constituição de 1891 a distribuiu aos Estados em cujos limites se encontrava. Então os Estados, como sucessores da Nação Brasileira, e a Nação Brasileira, como sucessora do Rei de Portugal, não necessitam trazer nenhum título. O título é a posse histórica, o fato daquela conquista da terra. A terra, no Brasil, originariamente era pública. O Rei desmembrou pedaços, áreas enormes, as chamadas sesmarias e doou-as. Houve esse processo até quase a Independência. Depois da Independência estabeleceu-se que não poderiam ser mais objeto de doações ou concessões: deveriam ser vendidas. Ora, o Rei de Portugal não dava terras. Ele fazia uma espécie de concessão aos sesmeiros, para sua efetiva utilização econômica. O que queria era fundar um Império. Queria que o sujeito trouxesse dinheiro, homens, ferramentas, animais, lavrasse a terra, valorizando-a, com que o Rei receberia seus impostos, tanto que reservava certos direitos regaleanos. Basta

o fato de não terem cumprido suas obrigações – como geralmente não cumpriam – para com a Coroa Portuguesa, para que caíssem em comisso, por diferentes maneiras. O Estado de Goiás, não precisa provar nada. A presunção é de que a terra é dele. O particular é que tem de provar, por uma cadeia sucessória, que as terras foram desmembradas do patrimônio público. Não há nenhuma dúvida a respeito disso.”

Comentando o supra citado acórdão, assim se manifesta Arnaldo Rizzardo, in: *Uso da terra no direito agrário brasileiro*, Aide, 3.ed., p. 253:

“No ensinamento do acórdão chega-se a que os Estados não precisam provar nada, nem mencionar o título anterior ou origem. A presunção é que as terras lhes pertencem. Quem se opõe ao patrimônio público tem a incumbência de demonstrar, por uma cadeia sucessória, que as terras já haveriam sido desmembradas do domínio do Estado e passaram para a propriedade particular.”

Em outro acórdão o STF reafirma esse entendimento:

“Terras devolutas se conceituam por exclusão: são devolutas as terras que nunca entraram legitimamente, para o domínio particular. Não cabe ao Estado provar que determinada gleba é devoluta: cabe a quem a afirma no domínio particular o ônus de prová-lo...”

Recurso Extraordinário 72020 SP 1ª T. Rel. Min. Rodrigues Alckmin, RDP 28/126.

Os acórdãos do STF são coerentes com o magistério de Themístocles Cavalcante para quem “não há terras sem dono, excluídas do domínio público ou privado e que possam ser tidas como excluídas de qualquer patrimônio” (*Tratado de direito administrativo*, 5.ed., v.3, p. 360).

Consoante José dos Santos Carvalho Filho, “muita divergência marcou a questão da prova no que toca à discussão sobre propriedade. Para uma corrente, todas as terras deveriam ser, por presunção, consideradas públicas devendo o interessado comprovar que foram transferidas para o domínio privado mediante algum título hábil. Para outra, a presunção haveria de militar em favor do particular, devendo o Poder Público comprovar a sua propriedade. O ponto comum nesses entendimentos reside na natureza da presunção: sempre se tratará de presunção relativa (*iuris tantum*), que, como sabido, pode ser elidida por prova contrária. O próprio STF decidiu ora de acordo com uma, ora com outra das correntes. No nosso entender, porém, melhor é a primeira corrente. Se as terras eram originariamente públicas, passando ao domínio privado pelas antigas concessões de sesmarias e de datas, parece-nos lógico que os particulares é que precisam demonstrar, de algum modo, a transferência da propriedade.” (*Manual de direito administrativo*, Freitas Bastos, 1997, p. 655).

Portanto, ao Estado não se pode exigir a prova do domínio, posto que o título de propriedade do bem público é a lei, como decidiu o TJ do RS, in: Ver. Jurisprudência do TJRS 5/12:

“A transmissão não exige prévia transcrição em nome da pessoa jurídica de direito público. O título de propriedade do bem público é a lei. A lei nunca será um título de natureza civil, subordinado aos princípios substantivos do Código Civil.”

Ensina Gisele Beltrame, *op. cit.*, p. 16, tratando do ônus da prova:

“...A diferenciada distribuição do ônus da prova, todavia repousa em outros fundamentos, a impossibilidade de provar que determinado imóvel nunca ingressou no patrimônio particular e pela circunstância de não estar o Estado em condições de apresentar um documento que comprove a aquisição, por uma das formas previstas em lei.”

Partindo-se do conceito de terras devolutas, o que é feito por exclusão, cabe ao particular a prova de que adquiriu por uma cadeia dominial sequencial o domínio, uma vez que é impossível ao Estado fazer prova negativa indefinida. Isto porque, não possui título ou

documento, já que o simples fato do descobrimento gerou o assenhoreamento do território brasileiro, sem que haja prova documental desse fato. Como poderia o Estado provar que as terras não seriam de A, B ou C e assim indefinidamente, até se esgotarem todos os sujeitos capazes de participarem de relações jurídicas de direito material?

Para Gisele Beltrame, *op. cit.*, p. 221, o fato a ser negado – o bem não está na esfera de direitos de algum particular – não é definido e cita Moacyr Amaral Santos para quem dessa regra resulta que “o fato indeterminado ou indefinido é insuscetível de prova” (Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 7.ed., v.2, p. 337).

## 6. IMPRESCRITIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS

Antes da Lei nº 601/1850 vigorava o costume de adquirirem-se por usucapião as terras devolutas. A Lei nº 601 de 1850 aboliu aquela prática e tornou dependentes de legitimação as posses adquiridas por ocupação primária ou havidas do primeiro ocupante até a sua data. É a lição de Lafayette (*Direito das coisas*, v.1, p. 102, nota 1, Rio de Janeiro, 1877, in: *RDA*, 55/287).

A imprescritibilidade das terras devolutas, como bens públicos, decorre da consequência lógica de sua inalienabilidade originária. Daí não ser possível a invocação de usucapião sobre terras devolutas.

O Código Civil de 1916 estabeleceu a imprescritibilidade dos bens públicos (arts. 65 a 68), confirmado pelo Decreto nº 19924, de 1931 (art. 1º), Decreto nº 22785, de 1933 (art. 2º), Decreto-Lei nº 710, de 1938 (art. 12 §1º), Decreto nº 9760, de 1946 (art. 200) e Constituição Federal de 1988 (art. 183, § 3º e 191 § único), todos reiterando a imprescritibilidade dos bens públicos, seja qual for a sua natureza.

Sujeitas a regime jurídico especial, não se regulando a sua utilização e apropriação pelo Direito Civil, mas pelo Direito Público como ensina J. Cretella Júnior (*Bens públicos*, Ed. Universitária de Direito, 2.ed. 1975, p. 295) “as terras devolutas, como bens públicos, não são suscetíveis de aquisição por via de prescrição aquisitiva” (TJSP, in: *RDA*, 57/316).

Finalmente, a Súmula 340 do STF pacificou definitivamente o assunto ao dispor:

“Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

Por último, o Código Civil de 2002 (Lei nº 10406, de 10.01.002, dispõe no seu art. 102, *in verbis*:

“Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.”

## 7. TERRAS SEM REGISTRO IMOBILIÁRIO NÃO SÃO DO DOMÍNIO ARTICULAR E SE SUBMETEM A REGIME JURÍDICO ESPECIAL

O imóvel usucapiendo não tem registro e é confessadamente terreno devoluto. É, portanto, certo de que não se encontra no domínio particular. E ainda que tivesse registro, mas sem aprova do primeiro destaque válido, qualquer título de domínio seria nulo de pleno direito e a Lei nº 6739 de 5.12.79 permite o cancelamento da matrícula e registro de imóvel rural obtidos em desacordo com as normas legais pertinentes.

Ora, como não existem terras adéspotas, ou sem dono, se as mesmas não são do particular posto que sem registro, de quem seriam senão do Poder Público?

E é por isso que o Código de Processo Civil no Capítulo VII, trata de usucapião de terras particulares. Assim, cabe ao autor o ônus da prova de que o imóvel deixou de ser público para se tornar particular por título legítimo.

## 8. OCUPAÇÃO DE TERRAS PÚBLICAS

A simples ocupação pelo autor não pode conduzir ao domínio de terras públicas como têm entendido os tribunais:

“Detenção de imóvel de domínio público por particular que o destina a fim econômico, industrial ou comercial. Revogação “*ad nutum*” pelo Poder Público.” (RT, 278/829).

A esse respeito é oportuna a transcrição do voto do Ministro Orozimbo Nonato, in: RF, 143/105, Recurso Extraordinário 7241;

“O poder do particular sobre as terras públicas, posto se desvele como relação possessória, não é posse. É detenção. Falta-lhe, para que se exalte à categoria de posse, o elemento da conhecida fórmula de Ihering. Não lhe falecem, é certo, os elementos do corpus e da “*affectio tenendi*”. Mas desprovidos daquele elemento negativo a relação se degrada à mera detenção. Sem dúvida que a detenção é, como já se disse, instituto residual. E um dos pontos altos da doutrina de Ihering está em negar, em linha de princípio, diferença ontológica entre posse e detenção. Em princípio, toda relação exterior possessória é posse. Razões, porém, há de outra natureza, pelas quais, em casos restritos, nega a lei a essa relação a categoria de posse. E a proibição legal, cuja inexistência constitui o elemento a que se faz alusão. Os bens fora de comércio, os imprescritíveis, não podem ser possuídos. A relação possessória, no caso, degrada-se à detenção e não origina interditos ou usucapião”.

## 9. A PROPRIEDADE COMO FUNÇÃO SOCIAL

O Poder Público tem o dever de dar uma finalidade social às terras devolutas, seja através de sua utilização para próprios estaduais, seja para fomentar o desenvolvimento, seja para promover a reforma agrária. Para isso a lei prevê a legitimação de terras devolutas que é feita em Minas Gerais pelo ITER, de tal forma que a Constituição Estadual prevê um limite máximo para legitimação para cada interessado a fim de promover a justa distribuição das terras. Muitas vezes uma ação de usucapião, de área rural de pequenas dimensões, sequer é impugnada pelo Estado porquanto com isso permite-se que a Justiça faça a legitimação que, administrativamente seria feita pelo Poder Público.

Entretanto, “*in casu*”, o autor que poderia legitimar no máximo 250 hectares na forma da lei, quer apropriar-se via usucapião de uma área de 15.919 hectares, prejudicando a eventual distribuição das terras devolutas para centenas de outros interessados. É inadmissível que uma área dessa magnitude, maior até que o território de alguns municípios, seja usucapida por uma única pessoa quando a área é confessadamente devoluta. Certamente que o Estado, no momento oportuno, fará a discriminação administrativa ou judicial da área para dar-lhe uma destinação de caráter social.

## JURISPRUDÊNCIA

“O domínio do Estado independe de título e se define por exclusão do que estiver no patrimônio particular por título legitimado” (*Revista Forense*, 159/71)

“As terras devolutas não são bens que os Estados possuem por aquisição privada; são porções de seu território que outrora pertenciam à Nação e lhes foram adjudicadas por força do art. 64 da Constituição Federal de 1891; é um domínio que independe de título e que se define por exclusão dos que estiverem no patrimônio particular por título legitimado” (*Revista Forense*, 159/71).

“Nenhum título supera o do Estado em antiguidade; a legitimação que este concede é a primeira passagem para o domínio particular”. (*Revista Forense*, 116/470) “Na espécie, a área que os autores pretendem usucapir é evidentemente área devoluta, pois tais são aquelas não aplicadas a qualquer uso ou que não se encontram por título legítimo na posse ou domínio particular de alguém”. (*RT*, 388/619)

“Os autores não fizeram prova de que a gleba usucapienda a algum título, tivesse pertencido ao domínio particular...”.

(TJSP 6ª C.Cível Ver. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 2, p. 295).

Diante do exposto, se forem ultrapassadas as preliminares com a extinção do processo, requer seja julgada improcedente a presente ação, condenando-se o autor ao pagamento de custas processuais, honorários advocatícios e demais cominações legais.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito permitidos.

Nestes Termos

Pede Deferimento.

De Belo Horizonte para Jequitinhonha, 02 de julho de 2013.

*Atabalipa José Pereira Filho*  
*Procurador do Estado*

*Romeu Rossi*  
*Procurador do Estado*



# **JURISPRUDÊNCIA**



**AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 540.588 MINAS GERAIS**

**RELATOR:** MINISTRO DIAS TOFFOLI  
**AGRAVANTE:** TOGNI S/A MATERIAIS REFRAATÓRIOS  
**ADVOGADO:** CELSO BOTELHO DE MORAES  
**AGRAVADO:** ESTADO DE MINAS GERAIS  
**ADVOGADO:** ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

**EMENTA**

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CREDITAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS. CONSUMIDOR FINAL. DIREITO AO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE. AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO OU DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.**

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não reconhecer o direito de creditamento do valor do ICMS, no período anterior à vigência da Lei Complementar nº 87/96, quando pago em razão da aquisição de bens para o ativo fixo do contribuinte.

2. A aquisição de produtos intermediários aplicados no processo produtivo que não integram fisicamente o produto final não gera direito ao crédito de ICMS, uma vez que a adquirente, nesse caso, mostra-se como consumidora final. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Brasília, 5 de fevereiro de 2013.

MINISTRO DIAS TOFFOLI  
Relator

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):** Togni S.A. Materiais

Refratários interpõe tempestivo agravo regimental contra decisão de minha lavra em que dei provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Estado de Minas Gerais, com a seguinte fundamentação:

“Estado de Minas Gerais interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea a do dispositivo constitucional, contra acórdão da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

*‘Tributário – ICMS – Princípio da não-cumulatividade – Mercadorias destinadas ao uso e consumo e que integram o processo de industrialização – Crédito – Compensação – Admissibilidade – Correção Monetária – Possibilidade (fl. 967).’*

Houve embargos de declaração (fls. 982 a 990), rejeitados (fls. 1.017 a 1.019).

Opostos embargos infringentes (fls. 992 a 1.010), foram rejeitados (fls. 1.044 a 1.049).

Novos embargos declaratórios foram opostos (fls. 1.052 a 1.054), igualmente, rejeitados (fls. 1.056 a 1.58).

Alega o recorrente violação dos artigos 93, inciso IX, e 155, § 2º, inciso I e inciso XII, alínea c, da Constituição Federal.

Contra-arrazoado (fls. 1.225 a 1.250), o recurso extraordinário (fls. 1.140 a 1.159) foi admitido (fls. 1.276/1.277).

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão transitada em julgado, não conheceu do agravo de instrumento interposto contra a decisão que não admitiu o recurso especial (fls. 1.297/1.298).

Decido.

Anote-se, inicialmente, que o acórdão dos segundos embargos de declaração foi publicado em 7/5/04, conforme expresso na certidão de folha 284, não sendo exigível, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Pleno, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 6/9/07, a demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário.

Merece prosperar a irresignação.

No que se refere ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, apontado como violado, carece do necessário prequestionamento, sendo certo que os acórdãos proferidos pelo Tribunal de origem não cuidaram da referida norma, a qual, também, não foi objeto dos embargos declaratórios opostos pelo recorrente. Incidem na espécie as Súmulas nºs 282 e 356 desta Corte.

Por outro lado, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não reconhecer o direito de creditamento do valor do ICMS, quando pago em razão de operações de consumo de energia elétrica, de utilização de serviço de comunicação ou de aquisição de bens destinados ao uso e à integração, no ativo fixo, do próprio estabelecimento, no período anterior à vigência da Lei Complementar nº 87/96. Sobre o tema, anote-se:

*‘IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS - PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE - CRÉDITO - BENS INTEGRADOS AO ATIVO FIXO - INEXISTÊNCIA DE ELO CONSIDERADA MERCADORIA PRODUZIDA - PERÍODO ANTERIOR À LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96 -*

*A aquisição de equipamentos que irão integrar o ativo fixo da empresa ou produtos destinados ao uso e consumo não gera o direito ao crédito, tendo em conta que a adquirente mostra-se, na realidade, como destinatária final (RE nº 349.543/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Marco Aurélio** , DJ de 21/11/08).’*

*‘AGRAVO REGIMENTAL. ICMS. BENS DESTINADOS AO CONSUMO OU AO ATIVO FIXO. AQUISIÇÃO ANTERIOR À LC 87/1996. CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE. A decisão agravada está em conformidade com o entendimento firmado por ambas as Turmas desta Corte, no sentido de se considerar indevida a compensação de créditos do ICMS oriundos da aquisição de bens destinados ao consumo ou ao ativo fixo, em período anterior à entrada em vigor da Lei Complementar nº 87/1996. Agravo regimental a que se nega provimento (RE nº 295.887/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJ de 16/2/07).’*

*‘ICMS: creditamento. Firme o entendimento do Supremo Tribunal de não reconhecer o direito de creditamento do valor do ICMS, quando pago em razão de operações de consumo de energia elétrica, ou de utilização de serviço de comunicação ou, ainda, de aquisição de bens destinados ao uso e/ou à integração, no ativo fixo, do seu próprio estabelecimento. Precedentes (AI nº 355.683/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence** , DJ de 20/4/06).’*

No mesmo sentido: AI nº 381.634/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Maurício Corrêa** , DJ de 2/5/03; AI nº 402.173/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Nelson Jobim** , DJ de 6/12/02; RE nº 361.622/RS-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Ellen Gracie** , DJ de 9/5/03; e RE nº 200.168/RJ, Primeira Turma, **Ilmar Galvão**, DJ de 22/11/96.

No que tange à alegada violação do princípio da não-cumulatividade, no julgamento da ADI nº 2.325/DF-MC,

Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJ 6/10/06, o Tribunal entendeu que o regime tributário instituído pela Lei Complementar nº 87/96 e as respectivas alterações promovidas pela

legislação complementar posterior, inclusive no que diz respeito ao adiamento do termo inicial para o aproveitamento dos créditos resultantes do ICMS, não implicam em violação ao artigo 150, § 2º, inciso I, da Constituição Federal. Na ocasião, assim consignou o Ministro **Ilmar Galvão**:

*‘Ademais, de acordo com o inciso II do § 2º do mesmo art.155, as operações isentas ou contempladas com a não-incidência do tributo poderão, por efeito da legislação ser consideradas, ou não, na compensação e, conseqüentemente na aplicação do princípio da nãoocumulação (letra a).*

*Disso resulta – observa o renomado tributarista citado –*

*‘...que a não-cumulatividade no sistema positivo brasileiro pode apresentar mais de uma conformação, dependendo do que dispuser a legislação do imposto, seja quanto aos perfis, seja quanto ao regime dos créditos relativos a operações isentas, ou de não-incidência’.*

*.....*  
*Trata-se de argumentos que conduzem à firme convicção de que à lei complementar não foi reservada, pela Constituição, apenas a explicitação da técnica da não-cumulatividade do ICMS, como defendem alguns estudiosos do tema (...).*

*.....*  
*Desenganadamente, o critério de aplicação da nãoocumulatividade do ICMS adotada pelo Convênio ICM 66/88 –dentre os múltiplos ensejados pela interpretação do inciso I do §2º do art. 155 da CF – foi o que permitia a dedução do imposto incidente sobre as operações de entrada da mercadoria vendida e das demais que houvessem entrado em sua composição, como mostra o seu artigo 31.Foi ele entretanto, modificado pela LC n.º 87/96, mais precisamente pelo seu artigo 20 (...).*

*Optou o legislador complementar, portanto, por novo critério – por igual não incompatível, com a norma do inciso I do § 2º do art. 155 da CF – admitindo o crédito pronto e pleno do imposto incidente sobre a operação de aquisição dos bens destinados ao uso e consumo ou ao ativo permanente do estabelecimento.*

*.....*  
*O termo inicial de vigência do art. 20, fixado no dispositivo transcrito, antes de sua verificação foi adiado, inicialmente, para 1º.01.2000, pelo art. 1º da LC nº 92/97, de 23.12.97, publicada em 24.12.97; e, posteriormente, para 1º.01.2003, pela LC nº 99, de 20.12.99, publicada em 21.12.99.*

*Por fim, por meio da LC nº 102, de 11.07.00, ora impugnada, nova alteração foi introduzida no art. 20 da LC nº 87/96, dessa vez para, modificando o critério de aplicação da técnica da não – cumulatividade, estabelecer que os créditos do imposto decorrente da entrada de mercadorias no estabelecimento, destinadas ao ativo permanente, sejam apropriadas a razão de um quarenta e oito avos por mês, a partir do mês que ocorrer o referido fato.*

*.....*  
*Na conformidade das razões acima expostas, a nova lei complementar veio alterar, por esse modo, legitimamente, o regime de compensação do tributo, que não restou fixado, de maneira inequívoca, no inciso I do § 2º do art. 155 da CF, demandando regulamentação por*

*lei complementar, na forma prevista no art. 146 da Carta, para observância uniforme pelos Estados, posto tratar-se de tributo que, conquanto da competência estadual, tem nítido caráter nacional.*

*Nada impede, pois que, uma vez fixado um critério, venha ele a ser alterado para fim de ajuste à realidade, como aconteceu, sem prejuízo, é óbvio, do respeito ao direito adquirido à apropriação dos créditos em referência, nas hipóteses apreciadas, na conformidade do disposto na legislação anterior, até o início da vigência do novel diploma complementar.'*

Sobre o tema, anote-se:

*'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96. SUPERVENIÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 102/00. CRÉDITO DE ICMS. LIMITAÇÃO TEMPORAL À SUA EFETIVAÇÃO. VULNERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES.*

*1. O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI-MC nº 2.325, DJ de 4.10.04, fixou entendimento no sentido de não ser possível a compensação de créditos de ICMS em razão de operações de consumo de energia elétrica ou utilização de serviços de comunicação ou, ainda, de aquisição de bens destinados ao uso e/ou à integração no ativo fixo do próprio estabelecimento. 2. As modificações nos artigos 20, § 5º, e 33, da Lei Complementar n. 87/96, não violam o princípio da não cumulatividade. Agravo regimental a que se nega provimento (RE nº 461.878/MG-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJ de 1º/8/08).'*

No mesmo sentido, a seguinte decisão monocrática: AI nº 731.063/RJ, Relatora a **Ministra Cármen Lúcia**, DJ de 18/12/08.

Ressalte-se que no caso o recorrente discute os créditos decorrentes do período anterior à Lei Complementar nº 86/97.

Ante o exposto, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, conheço do recurso extraordinário e lhe dou provimento para reformar o acórdão recorrido e julgar improcedente a ação. Custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa pela autora, vencida.”

Alega a agravante que o recurso do agravado não poderia prosperar, por se fundamentar na impossibilidade de creditamento de ICMS no ativo fixo, e não nos produtos intermediários, matéria que efetivamente teria sido objeto de análise no acórdão recorrido.

É o relatório.

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):** O inconformismo não merece prosperar, haja vista que as alegações deduzidas no agravo são insuficientes para

infirmar a fundamentação que ampara a decisão agravada, a qual se encontra em sintonia com a orientação jurisprudencial deste Supremo Tribunal Federal.

Conforme expresso na decisão agravada, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não reconhecer o direito de creditamento do valor do ICMS, no período anterior à vigência da Lei Complementar nº 87/96, quando pago em razão da aquisição de bens para o ativo fixo do contribuinte (AI nº 677.610/SP-AgR, Primeira Turma, Relatora Ministra **Cármen Lúcia**, DJe de 22/10/09 e RE nº 313.019/SP-AgR, Segunda Turma, Relator Ministro **Ayres Britto**, DJe de 16/9/10).

Ademais, verifica-se que, no próprio acórdão recorrido, generalizou-se a questão, com a colação de precedentes e fundamentos sobre o creditamento de ICMS referentes ao ativo fixo, entendendo-se que se tratava da mesma argumentação jurídica para ceder o crédito. O fisco estadual apenas refutou os argumentos colacionados pela corte local, trazendo fundamentos que afastariam a alegação de violação do princípio da não cumulatividade.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que não gera direito ao crédito de ICMS a aquisição de produtos intermediários utilizados no processo de produção. Nesse sentido:

“CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. PRINCÍPIO DA NÃO- CUMULATIVIDADE. **I. - Pretensão da agravante de creditar do ICMS sobre a aquisição produtos intermediários. Não há saída do bem. Impossibilidade. Precedentes.** II. - Em relação à alínea c do art. 102, III, da Constituição Federal, também não merece acolhida o prosseguimento do recurso extraordinário. É que o acórdão impugnado não apreciou lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal. III. - Agravo não provido” (AI nº 418.729/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 4/3/05, grifos nossos).

“CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. PRINCÍPIO DA NÃO- CUMULATIVIDADE. **I. - Pretensão da agravante de creditar do ICMS sobre a aquisição produtos intermediários. Não há saída do bem. Impossibilidade. Precedentes.** II. - Em relação à alínea c do art. 102, III, da Constituição Federal, também não merece acolhida o prosseguimento do recurso extraordinário. É que o acórdão impugnado não apreciou lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal. III. - Agravo não provido” (AI 494.188/SP-AgR, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, Segunda Turma, DJ 10/12/04, grifos nossos).

No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: AI nº 663.693/SP, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJe de 5/2/10 e RE nº 565.587/MG, Relatora a Ministra **Cármen Lúcia**, DJe de 13/11/09.

Ante o exposto, voto pelo não provimento do agravo regimental.



**APELAÇÃO CÍVEL – Nº 1.0024.05.685218-9/001**

**RELATOR:** DES. ARMANDO FREIRE  
**RELATOR DO ACÓRDÃO:** DES. ARMANDO FREIRE  
**DATA DO JULGAMENTO:** 23/09/2008  
**DATA DA PUBLICAÇÃO:** 07/11/2008  
**APELANTE:** FAZENDA PÚBLICA ESTADO MINAS GERAIS  
**APELADO:** ALCOA ALUMINIO S/A

**EMENTA**

**APELAÇÃO CÍVEL - REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO ORDINÁRIA - AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E ÓLEO COMBUSTÍVEL - INCIDÊNCIA DO ICMS - ARTIGO 155, §2º, X, 'B', DA CF/88 - NÃOINCIDÊNCIA RESTRITA AO ESTADO DE ORIGEM - PRECEDENTE DO PLENO DO STF - HIPÓTESE EXCEPCIONAL DA LC 87/96 NÃO VERIFICADA - PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.**

Consoante precedente do Pleno do Supremo Tribunal Federal, o artigo 155, §2º, X, 'b', da CF, não disciplina imunidade para operações que destinem óleo combustível para outros Estados, mas sim, hipótese de não-incidência restrita ao Estado de origem. A hipótese excepcional prevista no artigo 3º, III, da LC 87/96 se aplica apenas quando a operação de industrialização resulte em continuidade do ciclo do produto (óleo combustível), não admitindo interpretação extensiva. A Lei Estadual nº 14.699/2003 não inovou ao alterar a redação da Lei Estadual 6.763/1975, apenas esclareceu conceito já existente, afastando interpretação equivocada e abrangente acerca da hipótese excepcional de não incidência do ICMS, encontrando-se em harmonia com a Constituição Federal e com a LC 87/96.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.685218-9/001 EM CONEXÃO COM A APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.04.411954-3/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): FAZENDA PÚBLICA ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): ALCOA ALUMINIO S/A - RELATOR: EXMO. SR. DES. ARMANDO FREIRE

**ACÓRDÃO**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REFORMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 23 de setembro de 2008.

DES. ARMANDO FREIRE - Relator

1ª CÂMARA CÍVEL  
ADIADO

## NOTAS TAQUIGRÁFICAS

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.685218-9/001 EM CONEXÃO COM A APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.04.411954-3/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): FAZENDA PÚBLICA ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): ALCOA ALUMINIO S/A – RELATOR: EXMO. SR. DES. ARMANDO FREIRE

Proferiram sustentação oral, pela Apelada, o Dr. Milton Cláudio Amorim Rebouças, e, pela Apelante, o Dr. José Benedito Miranda.

O SR. DES. ARMANDO FREIRE:

### VOTO

Tratam os autos de reexame necessário e recurso voluntário interposto pelo ESTADO DE MINAS GERAIS contra a r. sentença que, na ação ordinária ajuizada por ALCOA ALUMÍNIO S/A, julgou procedente o pedido inicial, para:

"(...) declarar a inconstitucionalidade da exigência do ICMS sobre as operações interestaduais de óleo e energia elétrica adquiridos em outros Estados da Federação, destinados à industrialização de alumínio, a partir do ano de 2000 e subsequentes, determinando se abstenha de exigir ICMS em tais operações, em razão da existência de norma de não incidência (CF, art. 155, §2º, X, 'b' e LC 87/96, arts. 3º, III e 12, XII) (...)"

Foram opostos embargos de declaração (fl. 587/589), acolhidos em decisão de fl. 595, "para esclarecer que o período ressalvado, na parte que antecipou os efeitos da tutela, a partir do ano de 2000, refere-se apenas à CDA 01.000143250-88, objeto da execução, em apenso".

O ESTADO DE MINAS GERAIS aviou apelação às fl. 597/612. Em síntese, sustenta que:

- a) a não-incidência prevista no artigo 115, §2º, X, b, da Constituição Federal determina uma exoneração monofásica dos produtos de remessas interestaduais dos produtores de petróleo e energia elétrica;
- b) o benefício tem único propósito de assegurar ao Estado destinatário a recepção integral do ICMS;
- c) o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de não reconhecer a não incidência do ICMS nas operações interestaduais com combustíveis líquidos e gasosos, derivados do petróleo, quando, em virtude do encerramento do ciclo de sua comercialização, forem tais produtos consumidos no próprio estabelecimento adquirente;
- d) a não-incidência em causa atua somente nas operações interestaduais cujas posteriores saídas do estabelecimento adquirente possam agregar algum valor ao próprio produto ou ao em que empregado como insumo;

- e) a expressão industrialização só pode se referir à industrialização do próprio produto, não alcançando os casos em que seja utilizado como insumo no processo industrial;
- f) uma coisa é produto na indústria como bem de uso e consumo, outra diferente é a sua utilização como matéria-prima que integra o produto final;
- g) segundo a perícia realizada, o óleo combustível é consumido na alimentação das caldeiras que geram o vapor d'água empregado no aquecimento de diversas etapas do processo industrial de fabricação da alumina, portanto, não satisfaz a exigência para que a operação interestadual seja beneficiada com a não-incidência do ICMS;
- h) para que seja considerado destinado à industrialização, mister se faz, pelo menos que o óleo combustível seja utilizado como matéria prima do produto final, a ele se incorporando ou se integrando, como componente indispensável à sua elaboração;
- i) o adquirente do óleo combustível empregado em seu processo produtivo é o consumidor final;
- j) é constitucional a norma do artigo 2º, §1º, III, da LC nº 87/96 que prevê a incidência do ICMS sobre a entrada de derivados de petróleo e energia elétrica nos Estados importadores destes produtos, quando destinados a consumo;
- k) quanto à alegação de substituição tributária, nos termos do artigo 9º, §2º, da LC nº 87/96, omissa a responsabilidade por seu pagamento transfere-se para o adquirente do produto, responsável subsidiário pelo débito do tributo;
- l) o Estado pode cobrar o recolhimento antecipado do tributo antes mesmo da ocorrência do fato gerador daquele que irá comercializar o produto;
- m) ainda que se admitisse estivesse a entrada do óleo combustível no território do Estado amparada pela imunidade tributária, ou pela não incidência, seria legítima a exigência do pagamento do ICMS por antecipação, antes da saída do produto em cujo processo de industrialização tivesse sido empregado.

Ao final, pede pelo provimento do recurso e reforma integral da sentença, cassando-se a liminar concedida.

A apelação foi recebida em despacho de fl. 613.

ALCOA ALUMÍNIO S.A, em contra-razões de fl. 614/633, espera pela manutenção da sentença.

Os autos subiram a este E. Tribunal de Justiça.

A matéria debatida não se submete a parecer da douta Procuradoria de Justiça, mas está sujeita ao reexame necessário, nos termos do artigo 475, inciso I do Código de Processo Civil. Assim relatado, conheço do reexame necessário e da apelação aviada, posto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

**REEXAME NECESSÁRIO**

Alcoa Alumínio S.A. ajuizou ação ordinária (nº 0024.05.685218-9) em face do Estado de Minas Gerais, com requerimento de distribuição por prevenção à Ação Anulatória de Débito Tributário nº 0024.04.441173-4, com o fito de que fosse:

"(...) (i) declarada a inexistência de relação jurídico-tributária que determine a retenção do ICMS por substituição tributária por ocasião da entrada no estabelecimento da Autora de óleo combustível e energia elétrica adquiridos de distribuidoras localizadas em outros Estados da federação (no caso da energia elétrica, também gerada pela própria Autora), nas operações interestaduais relativas ao ano de 2000 e subsequentes e também a exigência do ICMS nas operações interestaduais em questão, diante da previsão constitucional de não-incidência, especialmente após a regulamentação dessa situação pela LC 87/96, uma vez que tais produtos são destinados à industrialização do alumínio. Ressalte-se que a operação subsequente de venda do alumínio está sujeita a tributação do ICMS pelo Estado de Minas Gerais (Estado de destino); e (ii) condenado o Estado de Minas Gerais a se abster da exigência da ICMS-ST sobre tais operações, tendo em vista a aplicabilidade da norma de não-incidência prevista na CF/88 e LC 87/96 e a inconstitucionalidade e ilegalidade da Lei Estadual nº14.699/2003, afastando-se também quaisquer restrições ao exercício do direito, tais como cadastro em órgãos de devedores, emissão de certidão de tributos e etc. (...)"

Subsidiariamente, pleiteou que ao menos fosse reconhecido que a Lei Estadual nº 14.699/2003 ofendeu os princípios da irretroatividade fiscal e da anterioridade e, portanto, somente produziria efeitos para os fatos geradores praticados a partir do ano de 2004.

Afirmou preliminarmente a continência verificada entre a presente ação declaratória e a ação anulatória precedente, referente a exação relativa ao período compreendido entre os meses de setembro de 2000 e novembro de 2002. Alegou que se dedica à produção de alumínio, necessitando de vários insumos indispensáveis ou processo produtivo, tais como o óleo combustível e a energia elétrica. Salientou que adquiriu no período de setembro de 2000 a novembro de 2002 óleo combustível da Petrobrás Distribuidora S.A. (sediada no Estado de São Paulo), sem que tenha sido efetuada a retenção do ICMS. Acrescentou que continua adquirindo o óleo combustível, com a retenção do ICMS-ST pelos distribuidores. Ressaltou que quando a energia elétrica é adquirida de terceiros, há a retenção do ICMS-ST, sendo que parte da energia elétrica consumida é gerada pela própria autora na Usina Hidrelétrica de Machadinho (Santa Catarina).

Aduziu que tais operações interestaduais, destinadas à industrialização encontram-se beneficiadas pela não incidência do ICMS, prevista no artigo 155, §2º, X, b, da CF/88, disciplinada pela LC nº 87/96, que restringiu o benefício às operações interestaduais relativas a produtos derivados de petróleo e energia elétrica, quando destinados à industrialização ou comercialização. Afirmou que somente na hipótese de consumo final o fato de o contribuinte ser o consumidor final do produto não enseja a continuidade do ciclo econômico para que se ocorra o fato gerador do ICMS no Estado destino, legitimando a substituição tributária do ICMS. Asseverou que no caso da comercialização, trata-se de antecipação do valor devido a título de ICMS na operação de comercialização do mesmo produto dentro do Estado de destino. Reiterou que o óleo combustível e a energia elétrica adquiridos são destinados à industrialização. Argumentou que a restrição constante da Lei Estadual nº 14.699 é inconstitucional.

Salientou que descabe a substituição tributária uma vez que as aquisições efetivadas pela Autora são realizadas diretamente para a industrialização e não para revenda, assim, não há operação futura, inexistindo sentido em se exigir a antecipação. Alegou que a energia térmica obtida a

partir da transformação do óleo combustível, indispensável no processo da fabricação da alumina consiste, em qualquer de suas modalidades, em um produto industrial. Sustentou que ainda que se pudesse ser considerada constitucional a exigência do ICMS na questão em debate, a imunidade restrita às hipóteses de aquisição de óleo combustível utilizado no processo de industrialização ou comercialização dele próprio deve ser aplicada apenas aos fatos geradores posteriores ao Decreto Estadual nº 43.785/2004.

Juntou documentos às fl. 36/318.

Em decisão de fl. 323/324 foi indeferido o pedido de antecipação de tutela e deferido o pedido de reunião dos feitos em virtude da continência.

A Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais ofereceu contestação às fl.327350. Afirmou que o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que a não-incidência a que alude o texto constitucional foi instituída em benefício do Estado de destino, ao qual caberá o imposto em sua totalidade. Sustentou que na hipótese de o contribuinte ou consumidor vir a receber o produto sem retenção prévia do ICMS, será ele responsável por todo o tributo devido ao Estado de seu domicílio. Aduziu que o emprego de um insumo em determinado ciclo do processo industrial não significa, para os fins pretendidos pelo legislador, o mesmo que utilizá-lo como insumo na fabricação do produto final. Argumentou que somente há falar na hipótese de não-incidência de que trata o artigo 3º, inciso III, da LC 87/96, nos casos em que o petróleo e seus derivados forem, eles próprios, objeto de nova operação tributada, seja na mesma condição em que foram adquiridos, seja após submetidos à industrialização, de modo a ter por modificada sua natureza, a finalidade ou a aperfeiçoá-lo para o consumo, seja mediante sua transformação ou beneficiam. Asseverou que o imposto em comento vem sendo regularmente lançado e recolhido, fazendo pressupor a ausência de qualquer estado de incerteza quanto à legitimidade da incidência do ICMS. Juntou documentos às fl. 351/356. Impugnação da autora às fl. 357/372. Laudo pericial apresentado às fl. 388/476.

Memorial do réu às fl. 504/514 e da autora às fl. 568/577.

O douto Julgador singular, em sentença de fl. 579/585, julgou procedente o pedido inicial da ação ordinária ajuizada pela recorrida. Considerou necessário apurar se o óleo combustível adquirido é proveniente de outro Estado da Federação, bem como se tem como destino a industrialização. Sopesou que a prova pericial concluiu acerca do caráter essencial de tal insumo ao processo de industrialização do alumínio. Entendeu que o ICMS incide somente nos casos em que os combustíveis não se destinem à comercialização ou à industrialização. Fundamentou que a autora demonstrou que o combustível adquirido em outro Estado integra o processo produtivo do alumínio, caracterizando a hipótese de imunidade prevista no artigo 155, §2º, X, b, da Constituição Federal. Concluiu que diante da inconstitucionalidade da imposição fiscal do Estado, presente os requisitos do artigo 273, caput e inciso I, do CPC, para a antecipação de tutela requerida pela autora. Concedeu os efeitos da tutela para suspender a exigibilidade do ICMS nas operações interestaduais de óleo combustível e energia elétrica adquiridas pela autora destinadas à industrialização do alumínio, a partir do ano 2000 (ressalvado o período já autuado).

Alcoa Alumínio S.A. pretendeu, juntamente com as ações Cautelar e Anulatória anteriormente ajuizadas, que fosse declarada a inexistência de relação jurídica tributária que determine a retenção do ICMS por substituição tributária em virtude de aquisição de óleo combustível e energia elétrica de outros Estados da Federação. Como pretensão subsidiária pugnou pelo reconhecimento da ilegalidade e inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 14.699/2003.

No que tange à pretensão principal, com vênia, afastando-me do entendimento adotado na decisão recorrida, entendo que a relação jurídico tributária contestada existe, incidindo o ICMS-ST sobre a aquisição dos referidos produtos de outros entes federados.

O cerne da presente demanda cinge-se à mencionada incidência do ICMS e a aplicabilidade de norma excepcional que determina a não-incidência em hipóteses específicas. O artigo 155, da Constituição da República define a competência e traz regras gerais sobre o ICMS, em seu parágrafo 2º.

Especificamente quanto à isenção e à não-incidência, citados nos incisos II e X, preceitua especificamente na alínea "b" do inciso X que: "(...) X - não incidirá:

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica; (...)"

A regulamentação do referido imposto encontra-se prevista na Lei Complementar 87/96:

O artigo 2º da mencionada lei determina:

"(...) Art. 2º. O imposto incide sobre:

- I - operações relativas à circulação de mercadorias, (grifo nosso) inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;
- II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;
- III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;
- IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;
- V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

§ 1º O imposto incide também:

- I - sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade;
- II - sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;
- III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente (...)" (Grifos nossos).

Quanto à não-incidência do ICMS, prevê o artigo 3º, da LC 87/96:

"(...) Art. 3º O imposto não incide sobre:

- I - operações com livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão;
- II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços;

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização; (...)" (Grifos nossos).

Acerca o momento da ocorrência do fato gerador dispõe em seu artigo 12, inciso XII:

"(...) Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

XII - da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização; (...)"

Como mencionou o nobre Julgador singular, ambas as partes citaram o julgamento do RE 198088/SP, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, datado de 17/05/2000, com a seguinte ementa:

"TRIBUTÁRIO. ICMS. LUBRIFICANTES E COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS E GASOSOS, DERIVADOS DO PETRÓLEO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. IMUNIDADE DO ART. 155, § 2º, X, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Benefício fiscal que não foi instituído em prol do consumidor, mas do Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo. Consequente descabimento das teses da imunidade e da inconstitucionalidade dos textos legais, com que a empresa consumidora dos produtos em causa pretendeu obviar, no caso, a exigência tributária do Estado de São Paulo. Recurso conhecido, mas desprovido". (RE 198088/SP- Órgão Julgador: Tribunal Pleno do STF - Relator: Min. Ilmar Galvão - Data do Julgamento: 17/05/2000 - Publicação: 05/09/2003, pp. 00032 vol. 02122-03. pp. 00618).

Já tive a oportunidade de me manifestar acerca do referido julgamento na apelação nº 1.0384.03.022877/7/001.

Também na presente demanda entendo que a não-incidência prevista no artigo 155, §2º, inciso X, alínea "b", da CF não se aplica à hipótese dos autos, posto que restrita à hipótese em que o destinatário é contribuinte do ICMS, com intuito de manter-se a isonomia de tratamento entre empresas que praticam vendas interestaduais e empresas que praticam vendas internas, porém, quando o destinatário é consumidor final, a incidência do ICMS não resta afastada.

A controvérsia acerca do tema restou afastada com o julgamento do RE 198088/SP acima citado em que foi reconhecida e considerada razoável a não-incidência apenas nas operações interestaduais que destinem petróleo e seus derivados a outros Estados da Federação. Importa transcrever trecho do voto do em. Ministro Maurício Corrêa:

"(...) 9. Cumpre anotar, ainda, que a Lei Complementar 87, de 3 de setembro de 1996, ao regulamentar a matéria nos artigos 2º, §1º, inciso III, e 4º, parágrafo único, inciso IV, definiu expressamente que o ICMS incide sobre as operações de mercadoria, no território do Estado destinatário, de petróleo e seus derivados, quando esses produtos não são destinados à comercialização ou industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente, e conceituou como contribuinte do imposto a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade, adquire lubrificante e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo oriundos de outro Estado.

10. Anote-se que para superar eventuais litígios que pudessem advir quanto à imunidade prevista na norma constitucional, o legislador complementar explicitou as operações interestaduais objetivamente imunes, em razão de serem os produtos destinados, ou não, à comercialização. Daí por que, em se tratando de operação interestadual em que o adquirente é consumidor final, não existe imunidade, por não ser hipótese de revendedor situado em outra unidade da federação. Explica-se, assim, porque imunidade autorizada às operações que destinem a outros Estados petróleo e seus derivados objetiva mitigar as dificuldades que a tributação plurifásica, típica do ICMS, acarreta sobre combustíveis, cujos preços variam de região para região, exatamente tendo em vista os acréscimos de custo embutidos no preço do transporte, quando, dependendo da região estar perto ou longe da sede da refinaria e dos depósitos, ou se reduz ou se eleva o seu preço. Dessa forma, para suavizar a desigualdade econômica, a Carta da república outorgou imunidade às operações que destinem o petróleo e seus derivados a outros Estados, mas não àquelas operações interestaduais realizadas pelo consumidor final, tendo em conta que a própria Constituição cuidou de estabelecer diferença entre operações interestaduais realizadas por contribuintes e consumidores finais (CF/88, artigo 155, §2º, VII, "a" e "b") (...).

O em. Desembargador Eduardo Andrade fez interessante consideração acerca da referida hipótese de não-incidência do ICMS, como Vogal, no julgamento da Apelação nº 1.0251.02.003867-4/001. Senão vejamos:

" (...) Ora, firmou-se no Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do RE 198.088, por seu Plenário, o entendimento de que a IMUNIDADE DO ICMS, versada no art. 155, § 2º, X, b, da CONSTITUIÇÃO FEDERAL, prevista para operações que destinem a outros Estados LUBRIFICANTES E COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS E GASOSOS, é benefício fiscal que não foi instituído em prol do contribuinte, seja consumidor, ou não, mas do Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo. Apresenta-se, mencionada norma constitucional, como instrumento a promover maior igualdade entre Estados produtores de petróleo e aqueles que não o são. Depreende-se, pois, que descabem as teses que busquem perpetuar a não incidência do ICMS a operações subsequentes àquela amparada pelo benefício, ao pressuposto de que esse proteja o produto em si, em sua tramitação, ou que suscitem, para tanto, razões de ordem subjetiva, relacionadas ao contribuinte, como se fossem, um ou outro, afetados pela benesse constitucional.

Assim considerando, não tendo tais características a imunidade de que trata o art. 155, § 2º, X, 'b', da CF/88, ou, em melhor expressão, segundo consistente doutrina pátria, que a tem como "não incidência do ICMS", também versada no art. 3º, III, LC 87/96, não visando essa o contribuinte e, tampouco, o produto, e, sim, o Estado consumidor, não há porque excluir, tão-só por sua qualificação, o distribuidor de petróleo de imposição que lhe venha a ser feita quanto ao regime de substituição tributária, em operações futuras de circulação daquela mercadoria, obrigação pela qual também respondem, em tese, aqueles que são designados como coobrigados (Conv. 105/92, RICMS/91, art. 673, § 5º, 6º e 7º), cumpridos os pressupostos legais para tanto (...).

Reiterando vênua, considero que se equivocou o douto Magistrado ao considerar que o pronunciamento do Pleno do STF não teria abrangido a hipótese dos autos, por se tratar de industrialização e não consumo.

Isto porque entendo que a previsão da LC 87/96, acerca da não-incidência do ICMS deve ser interpretada restritivamente, uma vez que se trata de hipótese excepcional. Desta forma, não há se considerar o termo industrialização como todo e qualquer processo industrial, mas apenas operação em que os produtos (óleo combustível e energia elétrica) sejam empregados como matéria-prima e da qual resulte, ainda, estes mesmos produtos. Afinal, o consumo integral dos



referidos produtos na qualidade de insumos na produção dos bens que comercializa torna a apelada consumidora final dos mesmos, afastando o benefício previsto no artigo 155, §2º, X, "b", da CF/88.

Não desconheço o extenso trabalho técnico constante dos autos da presente ação ordinária, especificamente às fl. 388/476. Contudo, embora conste do referido laudo pericial que "o óleo combustível e a energia elétrica foram classificados tecnicamente como insumos, pois são essenciais ao processo de industrialização do alumínio empregado pela autora, ou seja, a ausência de qualquer um deles interrompe tal processo e impede que se chegue ao produto final", considero que apenas as operações de aquisição interestadual de óleo combustível e energia elétrica que se destinam à industrialização ou comercialização do próprio produto (energia ou óleo combustível) determinam a não-incidência.

Em outras palavras, seria necessário que a operação de industrialização, no caso, resultasse na continuidade do ciclo do óleo combustível ou da energia elétrica, direcionado ao consumo para que a empresa apelada se beneficiasse com a não-incidência do ICMS.

Assim, tanto o óleo combustível como a energia elétrica utilizados no processo de industrialização de novo produto devem ser tributados, nos moldes da exação fiscal contestada pela recorrida.

Importa ressaltar que o fato de o Estado de Minas Gerais ter alterado a redação do artigo 5º, IV, do RICMS/2002 através do Decreto nº 43.785/2004, e especialmente de o artigo 28, da Lei Estadual nº 14.699/2003 dispor fazendo constar da redação da Lei nº 6763/1975 a expressão "do próprio produto" não induz à conclusão de que apenas a partir da data da publicação das referidas normas poder-se-ia falar que nesta hipótese de não-incidência.

Tais previsões apenas vieram esclarecer disposição legal já constante da LC 87/96, cuja interpretação trazia divergências. Disposição, inclusive, que ao contrário do que impinge a recorrida, em momento algum permitiu a interpretação abrangente, de forma a abarcar todo e qualquer tipo de processo produtivo, uma vez que a expressão "industrialização" é delimitada ao ciclo do produto. Afinal, quando o produto se consome integralmente, não há falar em industrialização do mesmo, reiniciando-se novo ciclo, com exações fiscais pertinentes ao produto da industrialização, completamente dissociado do que dizia respeito ao óleo combustível e à energia elétrica.

Assim, não procede, também, a pretensão subsidiária.

Lado outro, quanto à irresignação da apelada acerca de sua responsabilidade pela retenção do imposto em questão, com argumento no disposto no artigo 155, §2º, inciso X, alínea "b", da Constituição Federal, esclareço que a relação contestada está alicerçada em norma que autoriza a cobrança do ICMS, em substituição, do destinatário da mercadoria, quando não verificada a retenção do tributo (responsabilidade da destinatária - RICMS/2002 e artigos 22, da Lei 6.763/75, 121 e 128, ambos do CTN).

Enfim, reiterando vênias, concludo pela existência da relação jurídica tributária que determine a retenção do ICMS por substituição tributária em virtude de aquisição de óleo combustível e energia elétrica pela autora de outros Estados da Federação, bem como não constato qualquer ilegalidade e inconstitucionalidade na Lei Estadual nº 14.699/2003.

Por tais razões de decidir, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMO a SENTENÇA, para julgar improcedentes os pedidos da autora na Ação Ordinária n. 0024.05.685218-9, revogando a antecipação

dos efeitos da tutela concedida na sentença de fl. 579/585 RE. Inverto os ônus de sucumbência, mantendo o valor arbitrado a título de honorários advocatícios (10% do valor dado à causa).

Prejudicado o recurso voluntário.

É o meu voto.

O SR. DES. ALBERTO VILAS BOAS:

Sr. Presidente.

Em virtude de alguns detalhes mencionados da tribuna, quero reexaminar a matéria.

Peço vista.

**SÚMULA:** O RELATOR, EM REEXAME, REFORMAVA A SENTENÇA, PREJUDICADO O VOLUNTÁRIO. PEDIU VISTA O REVISOR.

1ª CÂMARA CÍVEL  
ADIADO

### NOTAS TAQUIGRÁFICAS

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.685218-9/001 EM CONEXÃO COM A APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.04.411954-3/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): FAZENDA PÚBLICA ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): ALCOA ALUMINIO S/A - RELATOR: EXMO. SR. DES. ARMANDO FREIRE.

Assistiu ao julgamento, pela Apelada, o Dr. Milton Cláudio Amorim Rebouças.

O SR. PRESIDENTE (DES. EDUARDO ANDRADE):

O julgamento deste feito foi adiado na Sessão do dia 05/08/2008, a pedido do Revisor, após votar o Relator, em reexame necessário, reformando a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Com a palavra o Des. Alberto Vilas Boas. O SR. DES. ALBERTO VILAS BOAS:

### VOTO

No âmbito da ação ordinária, discute-se a incidência de ICMS-ST sobre óleo combustível e energia elétrica adquiridos em outros Estados da federação e utilizados no processo industrial de produção da alumina e alumínio.

Por certo, a hipótese de não-incidência prevista no art. 155, § 2º, X, b, CF e art. 3º, III, da LC nº 87/96 não pretendia desonerar os contribuintes que se enquadram como consumidores finais do óleo combustível e da energia elétrica em operações interestaduais.

Com efeito, a pretensão do legislador era privilegiar o Estado destinatário nas operações interestaduais desses produtos, garantindo-se lhe, em sua totalidade, o recebimento do ICMS sobre elas incidente, consoante já decidiu a Suprema Corte no RE nº 198.088-SP.

No entanto, a pretensão da recorrida é o de inibir a incidência do ICMS no âmbito do Estado de Minas Gerais - destinatário da energia elétrica e óleo combustível consumidos pela autora - na medida em que estes insumos são destinados a industrialização ou a comercialização.

Por conseguinte, seria aplicável o conteúdo da Lei Complementar nº 87/96, segundo o qual:

"Art. 3º O imposto não incide sobre:

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;"

Assim, o debate das ideias estabelecido entre as partes repousa no fato de que, para a apelada, o óleo combustível e a energia elétrica são imprescindíveis para que possa obter o produto final de sua atividade; ao contrário, a Fazenda Pública a considera mera consumidora final, e, portanto, é legítima a incidência do tributo estadual.

Dentro deste contexto, é necessário esclarecer que, no âmbito da prova pericial (f. 384/476), detectou-se que para o completo sucesso do ciclo necessário à obtenção do alumínio e alumina, não se pode prescindir do óleo combustível e da energia elétrica

"Conclui-se, pois, que 99,96% da energia elétrica consumida pela ALCOA em Poços de Caldas destina-se à atividade industrial, figurando como insumo indispensável à produção de (i) alumina e (ii) alumínio, por meio da eletrólise, que ocorre nas cubas eletrolíticas, cujo consumo individualizado correspondente a cerca de 92% do total da energia industrializada.

Conclui-se, ainda, que o óleo combustível é integralmente utilizado no processo industrial (100%) para produção de vapor e aquecimento" - (f. 439).

(...)

"Tanto o óleo combustível como a energia elétrica são essenciais ao processo de industrialização do alumínio empregado pela autora, ou seja, a ausência de qualquer um deles interrompe tal processo e impede que se chegue ao produto final." - (f. 473).

Sendo assim, é inegável que se obtém da prova pericial a exata noção de que o óleo é submetido a um processo de industrialização que propicia sua transformação em energia térmica, realidade físico-química essencial para produzir o vapor, gerar a produção da alumina e que consiste em uma das etapas na fabricação do alumínio.

Consoante se observa da prova técnica, o vapor é elemento essencial e somente é obtido mediante a industrialização do óleo combustível, sendo reservado à energia elétrica a função de transformar a alumina em alumínio, produto final disponibilizado pela apelada no mercado.

Ora, é razoável admitir que a produção da alumina e do alumínio somente tem condição de ocorrer quando o óleo combustível e a energia elétrica compõem o processo de industrialização e que irá propiciar o encontro de um produto final a ser futuramente comercializado e objeto de tributação na saída do estabelecimento que o produziu.

A prova pericial deixou claro que o óleo combustível passa por um processo de transformação - que propicia a obtenção de energia térmica - para se obter o vapor, que é essencial à fabricação da alumina, e, a energia elétrica será empregada para que se realize a eletrólise do  $Al_2O_3$  e, então, obtém-se o alumínio:

"O óleo combustível, adquirido de outros Estados da Federação, é utilizado para geração de vapor d'água, aquecimento de etapas industriais de digestão da bauxita, evaporação, precipitação, clarificação, secagem e fabricação de aluminas especiais e, ainda, na calcinação, fábrica de pasta Soderberg (p/ eletrodo de carbono) e no lingotamento.

Todo o óleo adquirido pela ALCOA-POÇOS (100%) é utilizado nas etapas industriais acima referidas.

Na produção do alumínio, na etapa de redução, utiliza-se o processo de eletrólise de sal fundido contendo óxido de alumínio (Processo Hall-Heroult), que é atualmente o único processo industrial economicamente viável.

Assim, a energia elétrica, sem outra alternativa, é essencial para decompor o óxido de alumínio na forma iônica e posteriormente reduzi-lo para alumínio metálico por fornecimento de elétrons (corrente elétrica).

Neste caso, a energia elétrica é matéria-prima utilizada como redutor (por exemplo, equivale ao carvão utilizado para reduzir o óxido de ferro para ferro metálico)."

Logo, torna-se inequívoco que estes insumos compõem um processo específico de industrialização que propicia o desencadeamento de outra forma de energia (vapor) e a eletrólise as quais, consideradas as etapas da produção, irão colaborar de forma decisiva para que o alumínio se materialize.

Não é aceitável, então, que seja validada a lei estadual quando fixa a regra segundo a qual a não incidência somente poderia ser legitimada quando o óleo combustível e a energia elétrica fossem destinados à comercialização e industrialização deles próprios.

Esta interpretação realizada pelo legislador estadual desborda dos limites estabelecidos na lei federal acima mencionada, na medida em que ocorre delimitação mais restritiva e não desejada pelo legislador federal que objetivou dar tratamento unitário a uma espécie tributária tão complexa como é o ICMS.

Assim, se a energia elétrica e o óleo combustível passam por prévia modificação ocorrida no processo de obtenção da alumina e do alumínio, não é possível legitimar a lei estadual que exige a incidência do ICMS em face dos termos do art. 3º, III, da Lei Complementar nº 87/96.

Logo, para configurar-se a hipótese de não-incidência da exação, não há necessidade dos insumos agregarem-se materialmente ao produto final, mas que sejam utilizados e imprescindíveis no processo industrial.

Caso contrário, estar-se-ia diante de hipótese de tributação bis in idem, na medida em que o ICMS incidiria tanto na entrada do óleo combustível e da energia elétrica no estabelecimento destinatário, como na saída do produto final em cuja cadeia produtiva os insumos foram utilizados.

Fundado nessas considerações e com a devida permissão do eminente Relator, em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

O SR. DES. EDUARDO ANDRADE:

Peço vista dos autos, não só em função da complexidade da matéria, mas também pela divergência entre o eminente Des. Relator e o não menos douto Des. Revisor.

**SÚMULA:** O RELATOR, EM REEXAME, REFORMAVA A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO. O REVISOR CONFIRMAVA A SENTENÇA. PEDIU VISTA O VOGAL.

### NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela Apelada, o Dr. Milton Cláudio Amorim Rebouças.

O SR. PRESIDENTE (DES. EDUARDO ANDRADE):

O julgamento deste feito foi adiado na Sessão do dia 05/08/2008, a pedido do Revisor, após votar o Relator, em reexame necessário, reformando a sentença, prejudicando o recurso voluntário.

Foi novamente adiado na Sessão do dia 02/09/2008, a meu pedido, após votar o Revisor confirmando a sentença.

Meu voto é o seguinte.

Tenho em mãos Memorial apresentado pelo ilustre procurador da recorrida, ALCOA ALUMÍNIO S/A, no qual, tal como sustentado em sustentação oral, insiste na tese de inexistência de relação jurídico-tributária que determine a retenção/recolhimento do ICMS por substituição tributária por ocasião da entrada, no seu estabelecimento de óleo combustível e energia elétrica recebidos de distribuidoras e centrais localizadas em outros Estados da Federação, ao suposto de que aplicável, ao caso, a norma de não-incidência prevista no artigo 155, § 2º, inciso X, alínea 'b' da CF e art. 2º, parágrafo primeiro, inciso III e artigo 3º, inciso III, ambos da Lei Complementar nº 87/96, isso porque, destinadas as mercadorias à industrialização.

Firma-se a apelada no argumento de que o tanto o óleo combustível, quanto a energia elétrica adquiridos passam pelo processo de industrialização, sendo insumos indispensáveis para a produção de alumínio, produto este que é tributado pelo ICMS, no momento de sua saída de seu estabelecimento. Reconhecidamente, a benesse fiscal outorgada às operações que destinem petróleo e seus derivados a outros Estados, não foi concedida em prol do consumidor, mas do Estado de destino, ao qual caberá em sua totalidade o ICMS desde a remessa da mercadoria até o consumo, sabendo-se que é excepcionada pela não tributação apenas a hipótese em que a destinação da mercadoria se faça para a industrialização.

Com efeito, numa economia real há bens cujas destinações se dividem entre o consumidor final (demanda final) e o consumidor intermediário (demanda intermediária).

Quando o bem ou serviço cumpre na indústria a demanda final, ali se esgotando e não se integrando a novo produto, tem-se que a destinatária, ainda que empresa industrial, porta-se como consumidora final, constituindo o bem ou serviço mero item de dispêndio nas suas atividades. Nessa hipótese, a operação que destine o bem ao destinatário mineiro, consumidor final, deverá ser tributada, enquanto operação última de circulação do bem.

Quando, porém, a empresa industrial, destinatária da mercadoria, usa a mercadoria na demanda intermediária, empregando o bem em novo produto, ali industrializado, com a sua integração ao mesmo, diz-se que o bem sofreu processo de industrialização, resultando em novo produto. Nesse caso, o próprio bem é afetado, enquanto novo produto, pelo processo de industrialização, hipótese em que a destinação desse bem à empresa industrial é contemplada com a não-incidência do ICMS, mesmo porque, repita-se, o Estado destinatário do bem adquirido e posteriormente industrializado, terá condições de tributar a operação de saída do novo produto, sem que se perpetue a não-incidência tributária, fora dos limites do Estado produtor ou de origem da matéria prima.

De se observar que, numa e noutra hipótese é garantida ao Estado destinatário do bem quando menos uma tributação envolvendo o bem adquirido de outros Estados (ainda que integrado ao novo produto), cumprindo-se o objetivo da norma constitucional de promover a igualdade entre Estados produtores de petróleo e aqueles que não o são.

Não nos parece, porém, adequada, *data venia*, que a mera caracterização das mercadorias (óleo combustível e energia elétrica) como insumos na empresa industrial, possa ditar a necessária diferenciação dessas hipóteses legais, como pretende a apelada.

Isso porque, insumo não é conceito excludente de consumo. Segundo o Dicionário Houaiss, diz-se de insumos, 'cada um dos elementos (matéria- prima, equipamentos, capital, horas de trabalho etc.) necessários para produzir mercadorias ou serviços'.

Há insumos que integram o novo produto industrializado (*v.g.*, a matéria prima), e insumos que representam meros dispêndios da indústria, consumidos que são em suas atividades ainda que industriais, mas que não são componentes materiais do produto industrializado (equipamentos, fontes energéticas, etc.).

Nessa última hipótese, entendo enquadrarem-se as mercadorias ora em discussão - óleo combustível e energia elétrica - resultando do consumo de ambas valores que se adicionam à composição do preço do produto, enquanto insumos que são. Não há, porém, nesse caso, a agregação material desses bens ao produto que foi industrializado. Não se pode dizer que esses bens (eles próprios) foram industrializados ou, por consequência, destinados à industrialização.

A própria apelada esclarece que o óleo combustível atua como mera energia térmica na produção do vapor. Nesse sentido, como fonte energética, desempenha semelhante função da eletricidade, jamais aderindo essas na formação do novo produto.

O que pode se apresentar como sutilezas jurídicas, não é novidade, pois que sob enfoque semelhante discutia-se, desde muito, a questão dos créditos físicos e créditos financeiros, para efeito de aproveitamento de crédito de ICMS, quando ainda não editada a Lei Kandir que passou a possibilitar também o aproveitamento dos créditos financeiros. Naquela oportunidade, vingava o entendimento, sob amparo legal, de que ensejava crédito do imposto quando decorresse esse da aquisição de mercadoria (matéria prima) que, transformada, viesse integrar fisicamente um novo produto.

Muito embora os efeitos do presente caso a esses se distanciam, pelas suas particularidades, certo que, na hipótese em comento, a aquisição de óleo combustível e energia elétrica, resultou no consumo final pela destinatária, ensejando a tributação do ICMS pelo Estado de Minas Gerais,

também destinatário. E se dita mercadoria não se integrou ao produto final, não há *data venia* que se falar em bitributação, pela oneração do ICMS na saída daquele.

Com essas observações, pedindo *venia* a entendimentos contrários, sobretudo ao formulado em voto da douta revisão, manifesto inteira concordância com os fundamentos e conclusões do eminente relator, inclusive a respeito de outras questões, sobre as quais desnecessário pronunciar-me em apartado.

**SÚMULA:** REFORMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, VENCIDO O REVISOR.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.685218-9/001.





## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0480.10.009734-8/002**

**APELAÇÃO CÍVEL:** Nº 1.0480.10.009734-8/002  
**APELANTE:** ESTADO DE MINAS GERAIS  
**APELADO:** MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
**INTERESSADO:** MUNICÍPIO PATOS MINAS

### **EMENTA**

**APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DA MOLÉSTIA. AUSÊNCIA DO DIREITO DE EXIGIR O FÁRMACO DO ENTE PÚBLICO. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO.**

1. Face a ausência de preclusão da questão suscitada em sede de agravo retido, ausente o interesse recursal ensejador da irresignação.
2. Os Municípios, Estados e a União são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos, tendo em vista ser a saúde um direito fundamental.
3. A responsabilidade solidária confere ao credor a faculdade de escolher quem irá ser requerido para satisfazer a obrigação.
4. Havendo demonstração de existência de outra opção de tratamento para a moléstia da autora, disponibilizado pelo SUS, a improcedência da ação é medida que se impõe.
5. Não havendo, na bula do medicamento, indicação para tratamento da doença que acomete o paciente, evidenciando tratar-se de aplicação experimental, ainda sem respaldo da ANVISA, não se justifica obrigar-se a Administração a fornecê-lo, mormente quando se leva em conta o alto custo da droga.

### **ACÓRDÃO**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NÃO CONHECER DO AGRAVO RETIDO E DAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 06 de setembro de 2012.

DES. BITENCOURT MARCONDES  
Relator.

### **VOTO**

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo ESTADO DE MINAS GERAIS em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Marcus Caminhas Fasciani, da 2ª Vara Cível da Comarca de Patos de Minas, que julgou procedente a ação ajuizada pelo MINISTÉRIO

PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, em favor de MARIA DE JESUS, condenando o a fornecer o tratamento de saúde requerido, bem como o transporte até a localidade.

Pleiteia, preliminarmente, a análise do agravo retido interposto em face da decisão de f. 86/87 e, no mérito, a reforma integral da sentença, sob os seguintes fundamentos:

- o medicamento BEVACIZUMABE não possui indicação na bula para o tratamento de retinopatia diabética, sendo sua indicação feita de forma *off-labe*, ou seja, uso não aprovado em registro ou não contemplado na bula do referido medicamento;
- há opção de tratamento para o caso da apelada, disponibilizada no âmbito do SUS através do código 1906307.

Recurso recebido às f. 196.

Contrarrazões apresentadas às f. 197/201.

Decisão às f. 205.

O i. Representante da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais manifestou-se às f. 207/216 pelo provimento do recurso.

É o relatório.

#### **A - DO AGRAVO RETIDO DE F. 130/152**

Pleiteia o apelante, preliminarmente, a análise do agravo retido interposto em face da decisão de f. 86/87.

Afirma, em síntese, ser indevida a aplicação da multa no caso em apreço, pois converte-se em instrumento de imposição arbitrária, não podendo prosperar.

O agravo retido tem por escopo evitar a preclusão da decisão objurgada; logo, quando não há preclusão, ausente o interesse recursal ensejador da irresignação.

É o que ocorre no caso presente, porquanto a multa coercitiva prevista no art. 461, §4º, do CPC, pode ser revista pelo juiz mesmo na fase de execução, quando se apresenta desproporcional.

Desse modo, o exame do cabimento e desproporcionalidade pode ser conhecido no recurso de apelação, independentemente de interposição de agravo retido.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. ASTREINTES. VALOR. REVISÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ. POSSIBILIDADE.

1. A multa prevista no art. 461 do CPC não faz coisa julgada material e pode ser revista a qualquer tempo pelo Juiz, inclusive de ofício, quando se modificar a situação em que foi cominada. Precedentes.

2. Agravo a que se nega provimento. (AgRg na Rcl 5.110/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em

22/06/2011, DJe 30/06/2011). 274 Ante o exposto, não conheço do agravo retido.

## **B - DO RECURSO DE APELAÇÃO**

Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Pleiteia a reforma integral da sentença, sob os seguintes fundamentos:

- o medicamento BEVACIZUMABE não possui indicação na bula para o tratamento de retinopatia diabética, sendo sua indicação feita de forma *off-labe*, ou seja, uso não aprovado em registro ou não contemplado na bula do referido medicamento;
- há opção de tratamento para o caso da apelada, disponibilizada no âmbito do SUS através do código 1906307.

### **B.1 - DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS PELO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.**

Conforme já me manifestei em diversos outros casos, os entes federados possuem responsabilidade solidária na gestão da saúde como um todo, inclusive no fornecimento de medicamentos a pacientes necessitados e na realização de serviços de saúde em geral (Apelações Cíveis nº 1.0514.07.024707-7/001; 1.0209.06.056104-7/001; Agravos de Instrumento nº 1.0439.08.095535-4/001; 1.0290.09.068988-3/001; 1.0625.09.088022-4/001).

Converge, também, nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS PARA O TRATAMENTO DE ANGIOPLASTIA BILATERAL. ARTIGO 196 DA CF/88. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.

1. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.

2. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de Angioplastia Bilateral.

3. O direito à saúde é assegurado a todos e dever do Estado, por isso que legítima a pretensão quando configurada a necessidade do recorrido.

4. O Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles. Precedentes: REsp 878080 / SC; Segunda Turma; DJ 20.11.2006 p. 296; REsp 772264 / RJ; Segunda Turma; DJ 09.05.2006 p. 207; REsp 656979 / RS, DJ 07.03.2005.

5. Assentado o acórdão recorrido acerca da necessidade dos medicamentos pleiteados na inicial, não cabe ao STJ conhecer do recurso. As questões que levam à nova incursão pelos elementos probatórios da causa são inapreciáveis em sede de recurso especial, consoante previsto na Súmula 7/STJ.

6. O exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada previstos no artigo 273, deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame desse pressuposto de admissibilidade, em face do óbice contido na súmula 07/STJ.

7. Precedentes jurisprudenciais: (REsp 505729/RS, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 23/06/2003; REsp 190686/PR, Ministro Relator Franciulli Netto, 2ª turma, DJU 23/06/2003; MC 2615/PE, Ministro Relator Francisco Falcão, 1ª Turma, DJU 19/08/2002; AGA 396736/MG, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 25/02/2002; REsp 373775/RS, Ministro Relator Fernando Gonçalves, 6ª Turma, DJU 01/07/2002; REsp 165339/MS, Ministro Relator Jorge Scartezini, 5ª Turma, DJU 05/03/2001; AGA 199217/SP, Ministro Relator Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, DJU 17/02/1999).

8. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.044.354-RS, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, j. em 14/10/2008).

Assim, a responsabilidade solidária confere ao credor a faculdade de escolher quem irá ser requerido para satisfazer a obrigação. Pode ser um ou outro obrigado ou, ainda, ambos.

## **B.2 - DO DIREITO AO MEDICAMENTO**

Dispõe a norma constitucional inserta no artigo 196, da Constituição da República:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A saúde é direito fundamental, de cunho social, que se concretiza por meio de prestações estatais que assegurem o acesso de todos à assistência farmacêutica, médica e hospitalar, bem como às políticas públicas voltadas para esse fim.

Note-se que a norma constitucional tem aplicabilidade imediata, na medida em que o bem jurídico tutelado consubstancia-se em um direito fundamental e, nessa qualidade,

independe de regulamentação por legislação infraconstitucional para ter efetividade, por força do disposto no art. 5º, §1º, da Carta Magna.

Desse modo, é de se convir que o Estado, qualquer que seja a esfera de governo, conforme exposto alhures, tem o dever constitucional de garantir as condições indispensáveis ao exercício do direito à saúde, o que implica dizer que a União, os Estados e os Municípios são solidariamente responsáveis pela prestação dos serviços ligados à saúde.

No caso em apreço, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação em face do ESTADO DE MINAS GERAIS e do MUNICÍPIO DE PATOS DE MINAS, requerendo a aplicação, à idosa MARIA DE JESUS, de medida de proteção consistente na realização do tratamento de saúde consistente no fornecimento e aplicação do medicamento AVASTIN no olho esquerdo da idosa, bem como do meio de transporte até a localidade necessária para o procedimento.

Como dito alhures, a saúde é direito fundamental, que se concretiza por meio de prestações estatais que assegurem o acesso de todos à assistência farmacêutica, médica e hospitalar, bem como às políticas públicas voltadas para esse fim.

A eficácia desse serviço público, notadamente de assistência farmacêutica, depende da seleção e distribuição à população, para atingir o maior número possível de pessoas. Para esse desiderato, o estabelecimento de diretrizes e critérios de aquisição de medicamentos, norteados pelos princípios da seletividade e distributividade, requer padronização, muitas vezes incompatível com a especificidade do caso.

Nesse contexto, assevera LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>1</sup>:

Veja-se que o artigo 196 da Constituição Federal associa a garantia do direito à saúde a políticas sociais e econômicas, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário. Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos.

Da mesma forma, não se apresenta razoável, em termos de políticas públicas de seleção de medicamentos, o acompanhamento em tempo real das inovações da indústria farmacêutica, principalmente, pelo fato de que todo novo medicamento lançado traz em seu preço o custo da pesquisa. Não se pode olvidar que a atividade econômica tem como princípio o utilitarismo, a racionalidade, o lucro, e sem as amarras do regime jurídico de direito público, é muito mais ágil e sujeita a sazonalidades do que o Estado. Esse deve possuir metas, planejamento, a ser seguido.

Isso não quer dizer que o Poder Público não tenha obrigação de garantir ao cidadão necessitado dessa assistência quando o medicamento não se encontrar no rol daqueles fornecidos. A ponderação dos valores contidos nos princípios em conflito: dignidade humana; mínimo existencial; da reserva do possível e do orçamento, possuem pesos diferentes, sendo que os dois primeiros devem prevalecer, desde que demonstrado que o não atendimento lhe suprimirá o mínimo de qualidade de vida, incluído aí a saúde.

---

<sup>1</sup> IN: “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”.

Daí porque, utilizando do mesmo raciocínio jurídico, a existência de tratamento eficaz posto à disposição do usuário, ainda que não aquele desejado ou esperado, retira o direito de exigí-lo.

No caso em apreço, não foi produzida prova pericial.

A apelada anexou, à exordial, laudos médicos (f. 12 e 13), que afirma ser portadora de retinopatia diabética, sendo preconizada a aplicação de droga denominada AVASTIN no olho esquerdo.

No entanto, o apelante comprovou, através da Nota Técnica de f. 144/147, que há outra opção de tratamento para o caso da autora, disponibilizada no âmbito do SUS, através do código 1906307, qual seja, a fotocoagulação a laser, bem como o fato de que o medicamento BEVACIZUMABE não possui indicação na bula para o tratamento de retinopatia diabética, sendo sua indicação feita de forma *off-labe*, ou seja, uso não aprovado em registro ou não contemplado na bula do referido medicamento.

Desse modo, merece provimento o recurso, pois não assiste direito à apelada ao fornecimento do referido medicamento, já que, aliado a existência de outra opção de tratamento para a moléstia que a acomete, já oferecida no âmbito do SUS, tem-se o alto custo do medicamento (vide orçamentos de f. 120/121), tornando ainda mais essencial a demonstração de inexistência de tratamento eficaz diverso, o que, conforme exposto, não ocorreu na espécie.

Não se pode olvidar, por fim, que a nota técnica colacionada pelo apelante é bastante elucidativa, por demonstrar que o medicamento pleiteado não possui, na bula, indicação para tratamento da enfermidade que acomete a recorrida, tratando-se, aparentemente, de aplicação experimental, ainda sem respaldo da ANVISA, não se justificando obrigar a Administração a fornecê-lo.

## C - CONCLUSÃO

Ante o exposto, não conheço do agravo retido e dou provimento ao recurso de apelação, para julgar improcedente a ação.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Des. Edgard Penna Amorim (REVISOR)

## VOTO

Acompanho o em. Relator, para não conhecer do agravo retido e dar provimento ao recurso apelatório, com a ressalva do meu entendimento pessoal no tocante à ausência de responsabilidade solidária entre o ESTADO DE MINAS GERAIS e o MUNICÍPIO DE PATOS DE MINAS para a dispensação de medicamento.

Des<sup>a</sup>. Teresa Cristina da Cunha Peixoto - De acordo com o(a) Relator(a).

**SÚMULA:** "NÃO CONHECERAM DO AGRAVO RETIDO. CONHECERAM DO RECURSO DE APELAÇÃO E DERAM PROVIMENTO."

## EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – CV 1.0287.04.016961-0/006

**RELATOR:** DES WANDER MAROTTA  
**RELATOR DO ACORDÃO:** DES WANDER MAROTTA  
**DATA DO JULGAMENTO:** 01/10/2013  
**DATA DA PUBLICAÇÃO:** 04/10/2013  
**EMBARGANTE:** SHELL BRASIL LTDA.  
**EMBARGADO:** FAZENDA PÚBLICA ESTADO MINAS GERAIS

### EMENTA

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO EXISTENTES.

Há omissão quando, nos embargos declaratórios, não são examinadas todas as questões colocadas ao crivo do judiciário.

Ausentes elementos hábeis a caracterizarem a tese da industrialização, e tendo em vista as explicações da própria adquirente de que o óleo combustível é utilizado no processo de industrialização e não faz parte do resultado final, a operação não está acobertada pela não incidência do ICMS.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO-CV Nº 1.0287.04.016961-0/006 - COMARCA DE GUAXUPÉ - EMBARGANTE(S): SHELL BRASIL LTDA. - EMBARGADO(A)(S): FAZENDA PÚBLICA ESTADO MINAS GERAIS

### ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em ACOLHER OS EMBARGOS MAS SEM MODIFICAÇÃO DO RESULTADO.

DES. WANDER MAROTTA  
RELATOR.

### VO T O

SHELL BRASIL LTDA. interpõe novos embargos declaratórios ao r. acórdão de fls. 949/9546, apontado omissão e obscuridade no julgado, ao fundamento de que não ficou claro, "se o entendimento anterior de que a exigência fiscal deveria ser mantida nos termos do art. 155, § 2º, X, "b", da Constituição Federal, permanece ou não como fundamento da decisão"; "manifestação sobre a situação fática de que o óleo combustível é um insumo essencial que é consumido de forma imediata e integral no processo de industrialização dos produtos fabricados pela empresa adquirente"; "enfrentamento dos dispositivos legais violados, mais precisamente do art. 146, II e III, 'a', da CF e do art. 150, III, "a", da CF, já que a novel legislação mineira alcançou fatos geradores anteriores à sua edição; manifestação expressa sobre a Consulta Fiscal Direta 763/97 e sobre a existência de outros lançamentos" nos quais o fisco deixou de exigir o ICMS-ST "quando o óleo combustível era integralmente consumido no processo de industrialização e, nesse ponto, sobre a alegada violação ao art. 146 do CTN e, ainda, da aplicação subsidiária do art. 100, parágrafo único, do CTN".

O recurso especial interposto pela embargante foi provido pelo Superior Tribunal de Justiça para anular o aresto proferido nos embargos de declaração e determinar o retorno dos autos à origem para que novo julgamento fosse proferido.

Ao apreciar os embargos declaratórios opostos anteriormente, e que foram acolhidos, mas sem modificação no resultado, assim me posicionei:

"SHELL BRASIL LTDA. interpõe embargos declaratórios ao r. acórdão de fls. 220/235, apontado omissão no julgado, ao fundamento de que julgou matéria estranha à lide e foi omissa, uma vez que a questão dos autos versa sobre vendas para industriais e não interestaduais a varejistas, e que questiona em sede recursal o fato de que tais vendas não estão sujeitas a incidência do ICMS, como previsto no art. 2º, § 1º, III, c/c art. 3º, III, da LC 87/96 e art. 5º, § 1º, 4º, da Lei Estadual nº 6763/75. Ressalta estar provado que o óleo combustível vendido pela embargante foi utilizado em processo de industrialização da empresa adquirente, como produto intermediário; que não pleiteou a aplicação da imunidade como ali se anota, e que a exigência não se refere a ICMS-ST devido a operações posteriores realizadas pelos varejistas no Estado de Minas Gerais, mas àquele relativo às entradas no Estado para indústrias, que utilizam os combustíveis para produzir cimento. Requer a apreciação do pedido subsidiário de que os atos normativos da Lei estadual não sejam aplicados aos fatos geradores dos autos, por aplicação do art. 146 do CTN, ou que não sejam exigidas as parcelas relativas à multa, juros e atualização da base de cálculo do imposto, em razão do disposto no art. 100 do CTN.

Contra o r. acórdão que rejeitou os embargos declaratórios, a embargante interpôs recurso especial que foi provido para anular o aresto proferido e determinar o retorno dos autos à origem para que novo julgamento seja proferido.

Reconhecida a omissão, passo a declarar o acórdão.

A embargante afirma ter requerido a desconstituição da exigência fiscal não com base no art. 155, § 2º, X, "b", da CF, mas com base nos artigos 2º, § 1º, III, c/c art. 3º, III, da Lei Complementar nº 87/96, e art. 5º, § 1º, item 4º da Lei Estadual nº 6763/75, que preveem a não incidência do ICMS nas vendas interestaduais de combustíveis destinadas à industrialização ou comercialização.

Da análise dos autos constata-se que a embargante promoveu a remessa de óleo combustível de sua unidade em São Paulo para a Cia. de Cimento Portland Itaú, situada neste Estado de Minas Gerais, sem recolher o ICMS por substituição tributária que lhe competia.

Alega que o óleo combustível seria utilizado no processo de industrialização de outros produtos pela Cia Portland Itaú, e que não há possibilidade de se exigir o ICMS antes da alteração prevista na IN 001/2009 e na Lei Estadual nº 14.699/2003, bem como quanto à exclusão das parcelas relativas à multa, juros e atualização da base de cálculo do imposto. Afirma que não incide o ICMS sobre as vendas interestaduais de combustíveis no Estado de destino, quanto são destinados à industrialização dos produtos produzidos pela empresa adquirente.

Registre-se que a atuação da embargante ocorreu em data anterior à edição da Lei nº 14.699/03 e da Instrução Normativa nº 001/2009, sendo desnecessária, portanto, qualquer discussão sobre a sua constitucionalidade e legalidade.



Como bem observa o douto magistrado de primeiro grau, a mencionada lei e a Instrução Normativa "tão somente regulamentaram, a primeira em seus artigos 5º e 6º e a segunda em seu artigo 1º e parágrafo único, de forma mais clara e contundente, o que a legislação anterior já previa de forma mais genérica".

À época dos fatos geradores da cobrança, a questão era disciplinada Decreto nº 38.104/96 (RICMS), e a incidência do tributo nas operações encontra-se prevista na Lei Complementar nº 87/96.

Dispõe a Lei Complementar nº 87/96:

Art.2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

§ 1º O imposto incide também:

I - sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo permanente do estabelecimento;

I - sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade; (Redação dada pela LCP nº 114, de 16.12.2002)

II - sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à

industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

§ 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua.

Art. 3º O imposto não incide sobre:

- I - operações com livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão;
- II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semielaborados, ou serviços;
- III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;

Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

§ 1º A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:

- I - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subsequentes;
- II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

§ 2º Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente na operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente.

Entende a embargante que o produto, utilizado como insumo no processo industrial da adquirente, destina-se à industrialização, não sendo passível, portanto, de incidência do ICMS, motivo pelo qual estaria desobrigada de efetuar a retenção e o recolhimento a título de substituição tributária.

Sobre o consumo de combustíveis, declara a adquirente que "são considerados como insumos. São descarregados em tanques e injetados pneumáticamente no interior do mesmo, com vapor de nebulização, obtido do sistema gerador de calor. Desta forma, o combustível já no interior do forno, é misturado com ar atmosférico igualmente injetado, sendo então iniciada a combustão, responsável pela geração de calor necessária ao processo de queima. No caso de cal, os gases gerados pela descarbonetação do calcário e da combustão são succionados, filtrados e

liberados para a atmosfera. No caso do clínquer, os gases são filtrados por filtros eletrostáticos." (fls. 105).

Cinge-se a questão em saber se o óleo combustível é matéria prima utilizada na industrialização do produto, ou se somente para a realização do procedimento.

No caso, trata-se de processo de industrialização, no qual a mercadoria transportada e adquirida não participa do produto final.

Não há elementos hábeis para caracterizarem a tese da industrialização, haja vista a explicação da própria adquirente, da qual se constata que "o óleo combustível é queimado para geração do calor necessário à reação química responsável pela transformação do produto, não fazendo parte do resultado final", como bem anota o magistrado de primeiro grau (fls. 144).

Fica claro, portanto, que o tributo é devido tal como lançado na CDA na qual se baseia a execução fiscal".

Registre-se que nos citados embargos declaratórios foram analisadas apenas as questões que não foram antes apreciadas, e que passam a fazer parte do acórdão que julgou a apelação interposta pela executada, na qual foram enfocadas as questões relativas aos dispositivos legais mencionados pela embargante -- e que continuam a prevalecer.

Com respeito aos presentes embargos, tenho que assiste parcial razão à embargante uma vez que não foi apreciada a questão relativa à Consulta Fiscal Direta 763/97.

Assim, passo a declarar o acórdão.

Estabelece a Consulta 763/97:

"A remessa de óleo diesel para utilização em consumo industrial, no qual é integralmente consumido, feita por Distribuidor de outro Estado para contribuinte mineiro é alcançada pela substituição tributária:

Resposta:

Não. Quando a mercadoria for destinada a consumo no processo de industrialização, como matéria prima ou produto intermediário, não caberá retenção do imposto, pois produto industrializado (no caso, embalagem) é mercadoria distinta daquela sujeita à retenção, e sua saída está sujeita ao sistema normal de débito e crédito".

Para a análise da consulta transcrevo os esclarecimentos postos de forma adequada pelo Estado de Minas Gerais ao discorrer sobre a distinção entre processo de industrialização e industrialização:

"No primeiro caso, sendo a mercadoria componente de um processo de industrialização, nele é consumida e descaracterizada, denominando-se tecnicamente como insumo, caso típico do cimento.

No segundo caso a mercadoria é ela própria industrializada, ou seja, sofre um processo único de transformação, sendo-lhe adicionado outro componente, sem que perca a sua característica principal e essencial, de que se faz ou fabrica alguma coisa, denominando-se tecnicamente como matéria prima, caso típico do combustível aditivado.

Analisando a matéria, o Serviço de Legislação Tributária da Secretaria da Fazenda deste Estado, emitiu o Parecer nº 034, de 06/09/2002, firmando o entendimento de que incide o ICMS/ST sobre a entrada de petróleo em território mineiro, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando não destinado à comercialização ou à INDUSTRIALIZAÇÃO, nos termos do artigo 2º, § 1º, III, da Lei Complementar nº 87, de 13/09/96, transcrito em fl. 05 dos autos.

No mesmo Parecer, há a ressalva de que a não incidência do ICMS somente se aplica quando a INDUSTRIALIZAÇÃO ocorrer sobre o próprio combustível ou lubrificante adquirido (MATÉRIA PRIMA), não se aplicando quando os produtos adquiridos sejam utilizados como meros insumos (produtos intermediários) do processo industrial. (sublinhei)

Seguindo a mesma linha do aludido Parecer e visando sanar qualquer dúvida sobre o assunto, o Serviço de Legislação Tributária deste Estado editou a Instrução Normativa nº 01, de 03/06/03, transcrita em fl.11-12 dos autos.

A legislação, portanto, é clara e objetiva quando dispõe sobre a incidência do ICMS na entrada, em território mineiro, de combustíveis derivados de petróleo, quando não destinados à comercialização ou à industrialização. A mesma clareza se repete nas regras que determinam o recolhimento do imposto por substituição tributária, sendo a responsabilidade atribuída ao remetente" (fls. 132/133).

Ora, se existe uma Instrução Normativa esclarecendo a questão, não há de prevalecer a consulta isolada, como quer a embargante.

Fica claro, portanto, que à embargante cabe a obrigação do recolhimento do imposto.

Com respeito à exclusão do imposto relativo ao óleo transportado, deferida no auto de infração de fls. 116, trata-se de caso isolado que não mais se repetiu nos demais, certamente por conter alguma peculiaridade.

Acresça que, em caso idêntico, envolvendo as mesmas partes, já se posicionou este Tribunal:

DIREITO TRIBUTÁRIO - APELAÇÕES - EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS - ICMS - DECADÊNCIA - AUSÊNCIA DE PROVA DE ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO - APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ARTIGO 173, I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE COMERCIALIZAÇÃO DE ÓLEO COMBUSTÍVEL PARA INDUSTRIALIZAÇÃO DE CIMENTO - NECESSIDADE DE DESTAQUE DO IMPOSTO - AUSÊNCIA DE HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 3º, III, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MATÉRIA COMPLEXA - MAJORAÇÃO - POSSIBILIDADE - 1º RECURSO DESPROVIDO E 2º RECURSO PROVIDO.

Ausente a prova da antecipação, ainda que parcial, do pagamento de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se a regra geral de decadência, prevista no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional.

O artigo 3º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96, tem como objetivo evitar que os Estados produtores de petróleo sejam excessivamente beneficiados com a venda do mencionado bem. Assim, o referido dispositivo deve ser interpretado no sentido de que somente não haverá incidência do ICMS, nas operações interestaduais relativas a petróleo e seus derivados, quando destinados à industrialização deles mesmos. Havendo utilização dos referidos produtos para industrialização de outro bem, há incidência do imposto.

Em sendo os embargos à execução fiscal julgados improcedentes, aplica-se o disposto no artigo 20, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, para fim de fixação dos honorários advocatícios devidos à Fazenda Pública. (Apelação Cível 1.0027.05.050050-6/003, rel. Des. Moreira Diniz, j. 3/2/2011, p.16/3/2011).

Do voto do ilustre Des. Relator:

"No que diz respeito à ausência de retenção do ICMS-ST nas operações interestaduais de venda de óleo combustível utilizado no processo de fabricação do cimento, a questão deve ser analisada a partir da leitura da Lei Complementar nº 87/96, que dispõe:

"Art. 3º. - O imposto não incide sobre:

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização".

O dispositivo é claro, no sentido de que não haverá incidência de ICMS na saída de combustíveis destinados à industrialização. Entende o Estado de Minas Gerais que a industrialização a que se refere o mencionado dispositivo deve ser do próprio petróleo, ou derivado, de forma que somente haveria não-incidência do imposto se o destinatário neste Estado não fosse o consumidor final dos bens.

Na verdade, a previsão de não incidência, contida no artigo 3º da Lei Complementar nº 87/96, se amolda àquela contida no artigo 155, parágrafo 2º, inciso X, 'b', da Constituição Federal, segundo a qual não incide o ICMS sobre operações que destinem petróleo a outros Estados, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica. O Constituinte teve nítida intenção de equilibrar eventual disparidade entre Estados consumidores de petróleo e aqueles que o consomem. Com efeito, se houvesse a incidência do ICMS na saída do petróleo e de seus derivados, os Estados produtores sempre receberiam o produto do imposto.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão em diversos julgamentos, dos quais destaco as seguintes ementas:

**"TRIBUTÁRIO. ICMS. LUBRIFICANTES E COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS E GASOSOS, DERIVADOS DO PETRÓLEO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. IMUNIDADE DO ART. 155, § 2º, X, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

Benefício fiscal que não foi instituído em prol do consumidor, mas do Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo. Consequente descabimento das teses da imunidade e da inconstitucionalidade dos textos legais, com que a empresa consumidora dos produtos em causa pretendeu obviar, no caso, a exigência tributária do

Estado de São Paulo. Recurso conhecido, mas desprovido" (Recurso Extraordinário nº 198.088, Relator Ministro Ilmar Galvão, Publicado em 05/09/2003).

"SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEL E OUTROS DERIVADOS DE PETRÓLEO. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES. A legitimidade do regime de recolhimento do ICMS por substituição tributária foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 213.396, de minha relatoria. Entendimento reiterado nos REs 220.308, Relator Ministro Marco Aurélio, e 216.867, Relator Ministro Moreira Alves, entre outros. A imunidade ou hipótese de não-incidência contemplada na alínea "b" do inc. X do § 2.º do art. 155 restringe-se ao Estado de origem, não abrangendo o Estado de destino da mercadoria, onde são tributadas todas as operações que compõem o ciclo econômico por que passam os produtos, independentemente de se tratar de consumidor final ou intermediário. Entendimento adotado no julgamento do RE 198.088, de que fui relator. No mesmo sentido, o RE 227.466-AgR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, o RE 272.127-

AgR, Relatora Ministra Ellen Gracie, e o RE 201.703, Relator Ministro Moreira Alves. Agravo regimental desprovido" (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 190.992, Relator Ministro Ilmar Galvão, Publicado em 19/12/2002).

O que restou decidido é que o benefício previsto no artigo 155, parágrafo 2º, X, 'b', da Constituição Federal, é direcionado ao Estado consumidor do petróleo e de seus derivados, e não ao consumidor final. Não importa que o petróleo seja utilizado na industrialização de determinado bem, no caso, na produção de cimento.

O óleo combustível deve ter o mesmo tratamento dos inúmeros produtos intermediários utilizados na produção de determinado bem e sobre os quais incide o ICMS. Aliás, são várias as ações judiciais neste Tribunal, nas quais o industrial/contribuinte pleiteia direito ao reconhecimento de creditamento de referidos produtos intermediários. De qualquer forma, essa questão - creditamento - não está sendo discutida nos autos, mesmo porque eventual direito a creditamento seria da empresa produtora de cimento. O fato é que a não incidência pretendida pela recorrente fere toda a sistemática do ICMS.

Por outro lado, a prevalecer a interpretação dada ao artigo 3º, III, da Lei Complementar nº 87/96, pela apelante, somente ocorreria a hipótese de não- incidência se o óleo combustível fosse adquirido fora do Estado, porque o referido dispositivo trata de operações interestaduais. Assim, se o óleo combustível fosse adquirido dentro do Estado, haveria tributação, ante a ausência de previsão legal de não-incidência. Não há dúvida, portanto, de que a interpretação pretendida pela apelante não é razoável.

Da mesma forma, não há como falar em ofensa ao artigo 146 do Código Tributário Nacional. As consultas juntadas pela embargante/apelante indicam que a Fazenda Pública reconhece o direito ao crédito do ICMS, quando o combustível é utilizado na industrialização de outros bens (fls. 59/63). Ora, se houve reconhecimento ao direito de crédito, houve destaque do ICMS. Assim, ao contrário do que alega a recorrente, não houve, por parte da Fazenda Estadual, reconhecimento de que o imposto não era devido. Pelo contrário, em todas as consultas é mencionado que o imposto deve ser devidamente pago e destacado nas notas fiscais.

No mais, sem razão a recorrente, ao sustentar que não podem ser incluídos no crédito executado a multa, os juros e a correção monetária. Como mencionado, a Lei Complementar nº 87/96 trata, tão somente, de não incidência de ICMS sobre petróleo e seus derivados,

quando forem industrializados. Portanto, desde a edição da referida lei é cabível a exigência do imposto do substituto tributário, nos termos dos Convênios ICMS 105/92 e 112/93. O fato do Estado de Minas Gerais ter editado a Lei nº 14.699/03 não interfere na conclusão de que o óleo combustível destinado a consumidor final, ainda que seja utilizado para industrialização de outro bem, em outro Estado da Federação, deva sofrer a incidência do ICMS.

Por fim, ressalto que a questão já foi apreciada neste Tribunal de Justiça. Confira-se:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - ÓLEO COMBUSTÍVEL USADO NA FABRICAÇÃO DE CLÍNQUER (MATÉRIA-PRIMA DO CIMENTO) E CAL - ENQUADRAMENTO NA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. - Se a mercadoria (óleo combustível) é utilizada para realização do procedimento de industrialização do cimento, em que o óleo não participa do produto final, mas é consumido, trata-se, pois, de meio para atingi-lo, hipótese de incidência do ICMS. - A presunção de certeza e liquidez da CDA só pode ser ilidida por prova inequívoca em contrário. Se os embargos opostos à execução não conseguem demonstrar qualquer vício formal ou material da CDA, correta a sentença que os julga improcedentes" (Apelação Cível nº. 018724074.2004.8.13.0287, Relator Desembargador Geraldo Augusto, Publicado em 25/07/2008).

"DIREITO TRIBUTÁRIO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - DERIVADOS DE PETROLEO - PREÇO DE VENDA AO CONSUMIDOR FINAL. Segundo entendimento do STF, a imunidade ou hipótese de não- incidência contemplada na alínea ""b"" do inc. X do § 2.º do art. 155, da CF, restringe-se ao Estado de origem, não alcançando o Estado de destino da mercadoria, no qual são tributadas todas as operações que compõem o ciclo econômico por que passam os produtos, independentemente de se tratar de consumidor final ou intermediário. (RE 227.466-AgR - Relator Ministro Sepúlveda Pertence; RE 272.127-AgR - Relatora Ministra Ellen Gracie; e RE 201.703 - Relator Ministro Moreira Alves). É legítima a exigência antecipada do ICMS sobre derivados de petróleo, pelo regime da substituição tributária, já reconhecido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal como amparado pela Constituição Federal" (Apelação Cível nº 0169610-05.2004.8.13.0287, Relator Desembargador Wander Marotta, Publicado em 05/06/2008)."

Ante o exposto, acolho os embargos, mas sem modificação no resultado (ou sem efeitos infringentes).

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - De acordo com o Relator.

DES. PEIXOTO HENRIQUES - De acordo com o Relator.

**SÚMULA:** "ACOLHERAM OS EMBARGOS, MAS SEM MODIFICAÇÃO DO RESULTADO"





**MEDIDA CAUTELAR Nº 17.653 - MG (2011/0007720-9)**

REQUERENTE: ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR: MARCELO PÁDUA CAVALCANTI E OUTRO(S)

REQUERIDO: TELEMAR NORTE LESTE S/A

**DECISÃO**

Trata-se de medida cautelar, com pedido liminar, ajuizada pelo ESTADO DE MINAS GERAIS objetivando a concessão de efeito suspensivo a agravo de instrumento interposto contra r. decisão que inadmitiu recurso especial manejado contra v. acórdão do e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Conta a requerente que a Telemar Norte Leste S/A, ora requerida, impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Superintendente da Receita Estadual de Minas Gerais "*questionando a exigência de ICMS sobre os valores cobrados do usuário (consumidor final) a título de instalação de linhas telefônicas*" (fl. 2). No curso da ação, peticionou nos autos requerendo autorização para depositar judicialmente os valores do ICMS discutido, o que foi indeferido pelo MM Juiz de Direito e, posteriormente, pelo e. Tribunal de Justiça de Minas Gerais em sede de agravo de instrumento, com decisão transitada em julgado.

A segurança foi parcialmente concedida em primeiro grau, e confirmada pelo e. TJMG, para se vedar "*cobrança do ICMS a quaisquer fatos geradores anteriores a 30/06/98*" (fl. 3).

A TELEMAR, então, interpôs recursos especial e extraordinário, ocasião em que peticiou ao Exmo. Presidente do e. Tribunal de Justiça de Minas Gerais a juntada aos autos da guia de depósito do valor do ICMS "*relativo às instalações realizadas no período de apuração de setembro/98 a março/2000, efetuado nos termos em que autorizado pelos arts. 212 c/c 215 da Lei nº 6.763/75 e 151 da C.L.T.A (Decreto nº 23.780/84), exclusivamente para os fins do art. 151, II, do Código Tributário Nacional*" (fl. 4).

O recurso especial foi provido para se reconhecer a inexigibilidade do ICMS, mesmo em relação a período posterior ao Convênio 69/98, ocorrendo o trânsito em julgado do correspondente acórdão em 13/01/2009.

Retornando os autos à instância originária, conta o requerente que a TELEMAR postulou junto ao d. Juízo de Direito a restituição dos valores depositados, o que, porém, foi indeferido "*visto que os depósitos foram efetuados administrativamente, e não em conta judicial à disposição do juízo, e por se tratar de 'mandado de segurança já findo', restando incabível 'a discussão, nessa seara, acerca do direito do impetrante no levantamento de depósitos administrativos em face das exigências feitas pelo órgão fazendário'*" (fl. 4).

A requerida, então, interpôs agravo de instrumento, provido pelo e. TJMG em acórdão ementado nos seguintes termos:

*"AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO A AFASTAR A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DEPÓSITO ADMINISTRATIVO PARA A SUSPENSÃO DESTA - DECISÃO CONCESSIVA DA SEGURANÇA JÁ TRANSITADA EM JULGADO - PEDIDO DE LEVANTAMENTO DOS VALORES DEPOSITADOS INDEFERIDO NA VIA ADMINISTRATIVA- NOVO PEDIDO NO BOJO DO MANDADO DE SEGURANÇA - VIA JUDICIAL - POSSIBILIDADE - ART. 213 DA LEI Nº 6.763/75 - Conforme disposição legal contida no art. 213 da Lei nº 6.763/75, se obtida a segurança e ocorrido o trânsito em julgado da decisão que a concedeu, deve ser garantida a restituição das quantias depositadas administrativamente ao depositante, por não se tratar das hipóteses que ensejaram óbice ao deferimento na esfera administrativa, cujas disposições estão contidas no art. 166 do Código Tributário Nacional" (fl. 80).*

O Estado de Minas Gerais, a seu turno, opôs embargos de declaração em face da r. decisão proferida - os quais restaram rejeitados - e, subsequentemente, recurso especial, não admitido na origem. Tal circunstância, ainda, ensejou a interposição de agravo de instrumento, autuado sob o nº 1.365.535/MG e distribuído ao em. Ministro **Benedito Gonçalves**, sobre o qual a presente medida cautelar visa atribuir efeito suspensivo.

Sob esse prisma, o requerente narra que, com a publicação do v. acórdão recorrido, a Telemar postulou em juízo a tomada de providências para o levantamento integral do depósito, com a devida correção monetária. O MM. Juiz de Direito, no entanto, indeferiu o pedido, determinando o aguardo do trânsito em julgado da decisão. Rejeitados os embargos declaratórios intentados contra a negativa do pedido, a empresa interpôs novo agravo de instrumento, buscando o levantamento imediato dos valores depositados, independentemente do trânsito em julgado do primeiro agravo de instrumento, pleito deferido pelo e. Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Por conseguinte, em 15 de dezembro de 2010, a Telemar Norte Leste S/A peticionou novamente ao MM. Juiz de Direito para que fosse o Estado de Minas Gerais intimado a restituir imediatamente os valores então depositados, apresentando, para tanto, planilha de cálculos que consignava o montante de **R\$ 182.737.873,01 (cento e oitenta e dois milhões, setecentos e trinta e sete mil, oitocentos e setenta e três reais e um centavo)**.

O d. magistrado de primeiro grau, enfim, por meio de decisão publicada em 10 de janeiro de 2010, determinou a intimação do ente estatal para a cumprir a ordem do e. TJMG (restituição dos depósitos independentemente do trânsito em julgado do primeiro agravo de instrumento), já tendo sido, inclusive, expedido o correspondente mandado, em vias de ser cumprido.

Na presente medida cautelar o Estado de Minas Gerais afirma que não haveria a comprovação dos depósitos administrativos efetuados pela empresa, registrando sua irrisignação quanto aos valores apresentado por ela. Para o ente público, tais montantes teriam sido *"acrescidos de correção monetária e juros de mora, enquanto que a devolução dos valores, nos termos da legislação estadual de regência do 'depósito administrativo' determina a correção pela taxa SELIC"* (fl.7).

A fim de demonstrar, portanto, o *periculum in mora*, o requerente assinala a iminente intimação para cumprimento da ordem de restituição do depósito administrativo, e o risco de grave dano decorrente do fato de as somas tratadas nos autos serem pagas ao requerido.

De outro lado, relativamente ao *fumus boni iuris*, defende a plausibilidade da tese trazida no recurso especial não admitido na origem, no qual demonstraria a existência de omissão no v. acórdão recorrido (que teria deixado de se pronunciar sobre o objeto do mandado de segurança, assim como sobre o trânsito em julgado da decisão que indeferira a realização de depósito judicial e sobre a preclusão da questão relativa ao depósito do imposto). Para o ente estatal, outrossim, restaria clara a hipótese de não se admitir nova discussão, em sede do mandado de segurança já extinto, sobre a questão atinente ao levantamento dos depósitos, "*não tendo o v. acórdão considerado para a solução da lide que ao destacar o valor do imposto nas notas fiscais a TELEMAR acabou por cobrar de seus clientes este ICMS, de forma que só se podia entender que os depósitos foram, na verdade, realizados pelos tomadores dos serviços*" (fls. 9/10).

Também no âmbito do recurso especial, o requerente afirma que mostraria a violação, pelo v. acórdão exarada pelo e. TJMG, ao art. 162, § 2º, do CPC "*ao admitir-se agravo de instrumento interposto em face de despacho proferido em sede de mandado de segurança já findo*"; aos arts. 471 e 473 do CPC, ao se admitir a restituição dos depósitos administrativos, a despeito da anterior decisão indeferitória da realização de depósito transitada em julgado; e ao art. 166 do Código Tributário Nacional, "*ao deferir-se o levantamento de depósitos administrativos à ora agravada, embora estes tenham sido, na verdade, realizados pelos tomadores dos serviços de telefonia da recorrida*" (fl. 10).

Logo, por meio da presente medida cautelar, postula o requerente, em caráter liminar, a concessão de efeito suspensivo ao AG nº 1.365.535/MG e ao recurso especial a ele correspondente - inadmitido na origem - até o trânsito em julgado da decisão a ser neles proferida.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, cumpre observar que é pacífico o entendimento jurisprudencial desta c. Corte Superior segundo o qual, somente em casos excepcionais, e desde que verificados concomitantemente os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, seria possível a concessão de efeito suspensivo a recurso especial, via medida cautelar.

A propósito:

**"PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. EXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO FUMUS BONI JURIS E DO PERICULUM IN MORA.**

*1 – Pretensão de, por via de ação cautelar, conferir eficácia suspensiva a recurso especial interposto contra acórdão que cassou sentença monocrática, por entender inviável a extensão de permissão de transporte conferida à requerente, em face da necessidade de novo procedimento licitatório.*

*– A concessão de efeito suspensivo ao recurso especial só deve correr em situações excepcionais quando retratados estejam, de modo potencializado, a fumaça do bom direito e o periculum in mora. Sendo constatados tais pressupostos no caso examinado, confirma-se o provimento liminar.*

2 - Medida cautelar procedente." (MC 7276/RJ, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. José Delgado, DJU de 14.3.2005).

Na espécie, entendo que estão presentes os requisitos autorizadores do deferimento liminar, já que vislumbro, na análise preliminar que esta quadra processual admite, a plausibilidade do direito invocado, conjugado com a urgência do provimento desejado, bem como a necessidade de se preservar a eficácia de ulterior decisão.

Relativamente à fumaça do bom direito, destaco a controvérsia veiculada nos autos sobre o levantamento, em **sede mandamental**, de valores depositados **administrativamente** pela requerida, para os fins do disposto no artigo 151, inciso II, do CTN. Em exame perfunctório, poderia se questionar a competência do e. Tribunal de Justiça mineiro para autorizar, na via de mandado de segurança já transitado em julgado, a restituição de depósitos efetuados **no âmbito administrativo** em favor do requerente.

Tenho, também, por relevante, a questão atinente à juridicidade do levantamento dos mencionados depósitos, frente a suscitada hipótese de que o pagamento dos impostos questionados teriam sido realizados pelos próprios tomadores dos serviços de telefonia (atuando a empresa requerida como mera repassadora desses recursos).

Nessa linha, entendo trata-se de temas cujo teor mereceria um exame mais acurado, na via dos procedimentos principais, situação que, aliada ao evidente perigo da demora (levantamento de vultosa monta), recomenda a sustação dos efeitos do v. acórdão impugnado até o julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.365.535/MG e do recurso especial a ele vinculado, se for o caso.

Ante o exposto, **defiro** a liminar nos termos em que requerida, para suspender os efeitos do v. acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento Cível nº 1.0024.98.113168-3/003.

Comunique-se, com urgência, ao e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e ao d. Juízo de origem (1ª Vara de Fazenda Pública Estadual da Capital).

Após, cite-se o requerido para, querendo, apresentar defesa.

P. e I.

Brasília, 19 de janeiro de 2011.

MINISTRO FELIX FISCHER

Vice-Presidente, no exercício da Presidência

**MEDIDA CAUTELAR Nº 17.653 - MG (2011/0007720-9)**

**RELATOR :** MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO  
**REQUERENTE:** ESTADO DE MINAS GERAIS  
**PROCURADOR:** MARCELO PÁDUA CAVALCANTI E OUTRO(S)  
**REQUERIDO:** TELEMAR NORTE LESTE S/A  
**ADVOGADO:** SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

**EMENTA**

**MEDIDA CAUTELAR OBJETIVANDO SUSPENDER OS EFEITOS DO ACÓRDÃO QUE DETERMINOU O LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO ADMINISTRATIVO REALIZADO PARA A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, PEDIDO QUE HAVIA SIDO INDEFERIDO ADMINISTRATIVAMENTE. ART. 166 DO CTN. LEGITIMAÇÃO ATIVA DO CONTRIBUINTE DE FATO. ADMISSIBILIDADE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AUTOS DE MS JÁ FINDO. TESES CONTROVERTIDAS. PERIGO DA DEMORA EVIDENTE, ANTE A VULTOSA QUANTIA A SER LEVANTADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO PARA MELHOR EXAME DO RECURSO ESPECIAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*. MEDIDA CAUTELAR JULGADA PROCEDENTE.**

1. A apreciação das condições da Ação Cautelar, a plausibilidade do direito invocado e a consequente viabilidade do processo cautelar estão intrinsecamente vinculados à possibilidade de êxito do Recurso Especial, de modo que cabe ao Relator do feito proceder a um juízo prévio e perfunctório a respeito da perspectiva de seu acolhimento, uma vez que, sendo ele inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante na Corte, a admissibilidade do pedido cautelar mostra-se prejudicada.

2. No caso concreto, foi dado provimento ao Agravo de Instrumento do Estado de Minas Gerais, ora requerente, pela Primeira Turma, para discussão das teses apresentadas no Apelo Raro, entre elas (a) a possibilidade de o contribuinte de direito, em autos de Mandado de Segurança já findo, cuja decisão lhe fora favorável, no sentido da inexistência de relação jurídica que o obrigue a recolher ICMS sobre instalação de linhas telefônica, obter provimento judicial determinando o levantamento do depósito feito na via administrativa para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, levantamento anteriormente negado na via administrativa; e (b) a legitimidade do contribuinte de direito para reaver referido depósito considerando o repasse do encargo tributário ao contribuinte de fato.

3. Assim, presentes os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, deve ser concedida a medida pleiteada.

4. Medida Cautelar julgada procedente para suspender os efeitos do acórdão proferido nos autos do AI 1.0024.98.113168-3/003, até o julgamento do Recurso Especial respectivo pela Primeira Turma.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, por unanimidade, julgar procedente a medida cautelar para suspender os efeitos do acórdão proferido nos autos do AI 1.0024.98.113168-3/003, até o julgamento do recurso especial respectivo pela Primeira Turma, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves (voto-vista), Ari Pargendler e

Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 18 de dezembro de 2012.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO  
MINISTRO RELATOR

## RELATÓRIO

1. Adoto o relatório da decisão de fls. 174/179, do seguinte teor:

*Trata-se de medida cautelar, com pedido liminar, ajuizada pelo ESTADO DE MINAS GERAIS objetivando a concessão de efeito suspensivo a agravo de instrumento interposto contra r. decisão que inadmitiu recurso especial manejado contra v. acórdão do e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.*

*Conta a requerente que a Telemar Norte Leste S/A, ora requerida, impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Superintendente da Receita Estadual de Minas Gerais questionando a exigência de ICMS sobre os valores cobrados do usuário (consumidor final) a título de instalação de linhas telefônicas (fl. 2). No curso da ação, peticionou nos autos requerendo autorização para depositar judicialmente os valores do ICMS discutido, o que foi indeferido pelo MM Juiz de Direito e, posteriormente, pelo e. Tribunal de Justiça de Minas Gerais em sede de agravo de instrumento, com decisão transitada em julgado.*

*A segurança foi parcialmente concedida em primeiro grau, e confirmada pelo e. TJMG, para se vedar "cobrança do ICMS a quaisquer fatos geradores anteriores a 30/06/98" (fl. 3).*

*A TELEMAR, então, interpôs recursos especial e extraordinário, ocasião em que peticiou ao Exmo. Presidente do e. Tribunal de Justiça de Minas Gerais a juntada aos autos da guia de depósito do valor do ICMS "relativo às instalações realizadas no período de apuração de setembro/98 a março/2000, efetuado nos termos em que autorizado pelos arts. 212 c/c 215 da Lei nº 6.763/75 e 151 da C.L.T.A (Decreto nº 23.780/84), exclusivamente para os fins do art. 151, II, do Código Tributário Nacional" (fl. 4).*

*O recurso especial foi provido para se reconhecer a inexigibilidade do ICMS, mesmo em relação a período posterior ao Convênio 69/98, ocorrendo o trânsito em julgado do correspondente acórdão em 13/01/2009.*

*Retornando os autos à instância originária, conta o requerente que a TELEMAR postulou junto ao d. Juízo de Direito a restituição dos valores depositados, o que, porém, foi indeferido "visto que os depósitos foram efetuados administrativamente, e não em conta judicial à disposição do juízo", e por se tratar de 'mandado de segurança já findo', restando incabível 'a discussão, nessa seara, acerca do direito do impetrante no levantamento de depósitos administrativos em face das exigências feitas pelo órgão fazendário'" (fl. 4). A requerida, então, interpôs agravo de instrumento, provido pelo e. TJMG em acórdão ementado nos seguintes termos:*

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO A AFASTAR A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DEPÓSITO ADMINISTRATIVO PARA A SUSPENSÃO DESTA - DECISÃO CONCESSIVA DA SEGURANÇA JÁ TRANSITADA EM JULGADO - PEDIDO DE LEVANTAMENTO DOS VALORES DEPOSITADOS INDEFERIDO NA VIA ADMINISTRATIVA - NOVO PEDIDO NO BOJO DO MANDADO DE SEGURANÇA - VIA JUDICIAL - POSSIBILIDADE - ART. 213 DA LEI Nº 6.763/75 - *Conforme disposição legal contida no art. 213 da Lei nº 6.763/75, se obtida a segurança e ocorrido o trânsito em julgado da decisão que a concedeu, deve ser garantida a restituição das quantias depositadas administrativamente ao depositante, por não se tratar das hipóteses que ensejaram óbice ao deferimento na esfera administrativa, cujas disposições estão contidas no art. 166 do Código Tributário Nacional (fl. 80).*

*O Estado de Minas Gerais, a seu turno, opôs embargos de declaração em face da r. decisão proferida - os quais restaram rejeitados - e, subsequentemente, recurso especial, não admitido na origem. Tal circunstância, ainda, ensejou a interposição de agravo de instrumento, autuado sob o n. 1.365.535/MG e distribuído ao em. Ministro Benedito Gonçalves, sobre o qual a presente medida cautelar visa atribuir efeito suspensivo.*

*Sob esse prisma, o requerente narra que, com a publicação do v. acórdão recorrido, a Telemar postulou em juízo a tomada de providências para o levantamento integral do depósito, com a devida correção monetária. O MM. Juiz de Direito, no entanto, indeferiu o pedido, determinando o aguardo do trânsito em julgado da decisão. Rejeitados os embargos declaratórios intentados contra a negativa do pedido, a empresa interpôs novo agravo de instrumento, buscando o levantamento imediato dos valores depositados, independentemente do trânsito em julgado do primeiro agravo de instrumento, pleito deferido pelo e. Tribunal de Justiça de Minas Gerais.*

*Por conseguinte, em 15 de dezembro de 2010, a Telemar Norte Leste S/A peticionou novamente ao MM. Juiz de Direito para que fosse o Estado de Minas Gerais intimado a restituir imediatamente os valores então depositados, apresentando, para tanto, planilha de cálculos que consignava o montante de R\$ 182.737.873,01 (cento e oitenta e dois milhões, setecentos e trinta e sete mil, oitocentos e setenta e três reais e um centavo).*

*O d. magistrado de primeiro grau, enfim, por meio de decisão publicada em 10 de janeiro de 2010, determinou a intimação do ente estatal para a cumprir a ordem do e. TJMG (restituição dos depósitos independentemente do trânsito em julgado do primeiro agravo de instrumento), já tendo sido, inclusive, expedido o correspondente mandado, em vias de ser cumprido.*

*Na presente medida cautelar o Estado de Minas Gerais afirma que não haveria a comprovação dos depósitos administrativos efetuados pela empresa, registrando sua*

*irresignação quanto aos valores apresentado por ela. Para o ente público, tais montantes teriam sido "acrescidos de correção monetária e juros de mora, enquanto que a devolução dos valores, nos termos da legislação estadual de regência do 'depósito administrativo' determina a correção pela taxa SELIC" (fl. 7).*

*A fim de demonstrar, portanto, o periculum in mora, o requerente assinala a iminente intimação para cumprimento da ordem de restituição do depósito administrativo, e o risco de grave dano decorrente do fato de as somas tratadas nos autos serem pagas ao requerido.*

*De outro lado, relativamente ao fumus boni iuris, defende a plausibilidade da tese trazida no recurso especial não admitido na origem, no qual demonstraria a existência de omissão no v. acórdão recorrido (que teria deixado de se pronunciar sobre o objeto do mandado de segurança, assim como sobre o trânsito em julgado da decisão que indeferira a realização de depósito judicial e sobre a preclusão da questão relativa ao depósito do imposto). Para o ente estatal, outrossim, restaria clara a hipótese de não se admitir nova discussão, em sede do mandado de segurança já extinto, sobre a questão atinente ao levantamento dos depósitos, "não tendo o v. acórdão considerado para a solução da lide que ao destacar o valor do imposto nas notas fiscais a TELEMAR acabou por cobrar de seus clientes este ICMS, de forma que só se podia entender que os depósitos foram, na verdade, realizados pelos tomadores dos serviços" (fls. 9/10).*

*Também no âmbito do recurso especial, o requerente afirma que mostraria a violação, pelo v. acórdão exarada pelo e. TJMG, ao art. 162, § 2º, do CPC "ao admitir-se agravo de instrumento interposto em face de despacho proferido em sede de mandado de segurança já findo"; aos arts. 471 e 473 do CPC, ao se admitir a restituição dos depósitos administrativos, a despeito da anterior decisão indeferitória da realização de depósito transitada em julgado; e ao art. 166 do Código Tributário Nacional, "ao deferi-se o levantamento de depósitos administrativos à ora agravada, embora estes tenham sido, na verdade, realizados pelos tomadores dos serviços de telefonia da recorrida" (fl. 10).*

*Logo, por meio da presente medida cautelar, postula o requerente, em caráter liminar, a concessão de efeito suspensivo ao AG n. 1.365.535/MG e ao recurso especial a ele correspondente - inadmitido na origem - até o trânsito em julgado da decisão a ser neles proferida.*

*É o relatório.*

2. A requerida apresentou contestação aduzindo que o Tribunal Mineiro solucionou a controvérsia com base na aplicação de dispositivo de lei estadual e, ao mesmo tempo, afastou a aplicação do art. 166 do CTN, pois não se trata de *restituição de tributos*, mas de simples *devolução de depósito* efetuado para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

3. Afirma que, segundo a jurisprudência desta Corte, o trânsito em julgado da decisão que reconheceu ou afastou a legitimidade da exação tributária é o fato necessário para o levantamento do depósito em dinheiro.

4. Alega que a questão discutida no Recurso Especial perpassa pela aplicação da legislação estadual, estando ausente o prequestionamento dos demais dispositivos legais, requerendo a improcedência do presente pedido cautelar.



5. Por ocasião do julgamento do AgRg no Ag 1.365.535/MG, cujo Recurso Especial refere-se à presente Cautelar, a Primeira Turma, vencidos o então Relator, Ministro BENEDITO GONÇALVES e o Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, *deu provimento ao Agravo Regimental para afastar o levantamento do depósito administrativo pela empresa de telefonia que não suportou o ônus financeiro do tributo, devendo o recurso especial do*

**296** *Estado de Minas Gerais ser oportunamente julgado, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que lavrará o acórdão.*

6. É o que havia de relevante para relatar.

## VOTO

MEDIDA CAUTELAR OBJETIVANDO SUSPENDER OS EFEITOS DO ACÓRDÃO QUE DETERMINOU O LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO ADMINISTRATIVO REALIZADO PARA A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, PEDIDO QUE HAVIA SIDO INDEFERIDO ADMINISTRATIVAMENTE. ART. 166 DO CTN. LEGITIMAÇÃO ATIVA DO CONTRIBUINTE DE FATO. ADMISSIBILIDADE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AUTOS DE MS JÁ FINDO. TESES CONTROVERTIDAS. PERIGO DA DEMORA EVIDENTE, ANTE A VULTOSA QUANTIA A SER LEVANTADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO PARA MELHOR EXAME DO RECURSO ESPECIAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. MEDIDA CAUTELAR JULGADA PROCEDENTE.

1. *A apreciação das condições da Ação Cautelar, a plausibilidade do direito invocado e a conseqüente viabilidade do processo cautelar estão intrinsecamente vinculados à possibilidade de êxito do Recurso Especial, de modo que cabe ao Relator do feito proceder a um juízo prévio e perfunctório a respeito da perspectiva de seu acolhimento, uma vez que, sendo ele inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante na Corte, a admissibilidade do pedido cautelar mostra-se prejudicada.*

2. *No caso concreto, foi dado provimento ao Agravo de Instrumento do Estado de Minas Gerais, ora requerente, pela Primeira Turma, para discussão das teses apresentadas no Apelo Raro, entre elas (a) a possibilidade de o contribuinte de direito, em autos de Mandado de Segurança já findo, cuja decisão lhe fora favorável, no sentido da inexistência de relação jurídica que o obrigue a recolher ICMS sobre instalação de linhas telefônica, obter provimento judicial determinando o levantamento do depósito feito na via administrativa para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, levantamento anteriormente negado na via administrativa; e (b) a legitimidade do contribuinte de direito para reaver referido depósito considerando o repasse do encargo tributário ao contribuinte de fato.*

3. *Assim, presentes os requisitos fumus boni iuris e periculum in mora, deve ser concedida a medida pleiteada.*

4. *Medida Cautelar julgada procedente para suspender os efeitos do acórdão proferido nos autos do AI 1.0024.98.113168-3/003, até o julgamento do Recurso Especial respectivo pela Primeira Turma.*

1. Entendo que deve ser julgado procedente o pedido cautelar, para o fim de suspender os efeitos do acórdão impugnado adversado por meio do Recurso Especial pelo Estado de Minas Gerais, inclusive tendo em vista o provimento do Agravo de Instrumento tirado contra a decisão que negara seguimento ao Apelo Nobre, o que reforça a presença do *fumus boni iuris*.

2. Ao meu sentir, permanecem hígidos os fundamentos adotados pelo então VicePresidente, Ministro FELIX FISCHER, agora corroborados pela decisão que deu provimento ao Agravo de Instrumento do Estado de Minas Gerais para fins de submissão do Recurso Especial ao crivo da Primeira Turma desta Corte, que melhor apreciará a questão.

3. Sua Excelência manifestou-se nos seguintes termos:

*Na espécie, entendo que estão presentes os requisitos autorizadores do deferimento liminar, já que vislumbro, na análise preliminar que esta quadra processual admite, a plausibilidade do direito invocado, conjugado com a urgência do provimento desejado, bem como a necessidade de se preservar a eficácia de ulterior decisão.*

*Relativamente à fumaça do bom direito, destaco a controvérsia veiculada nos autos sobre o levantamento, em sede mandamental, de valores depositados administrativamente pela requerida, para os fins do disposto no artigo 151, inciso II, do CTN. Em exame perfunctório, poderia se questionar a competência do e. Tribunal de Justiça mineiro para autorizar, na via de mandado de segurança já transitado em julgado, a restituição de depósitos efetuados no âmbito administrativo em favor do requerente.*

*Tenho, também, por relevante, a questão atinente à juridicidade do levantamento dos mencionados depósitos, frente a suscitada hipótese de que o pagamento dos impostos questionados teriam sido realizados pelos próprios tomadores dos serviços de telefonia (atuando a empresa requerida como mera repassadora desses recursos).*

*Nessa linha, entendo trata-se de temas cujo teor mereceria um exame mais acurado, na via dos procedimentos principais, situação que, aliada ao evidente perigo da demora (levantamento de vultosa monta), recomenda a sustação dos efeitos do v. acórdão impugnado até o julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.365.535/MG e do recurso especial a ele vinculado, se for o caso.*

*Ante o exposto, defiro a liminar nos termos em que requerida, para suspender os efeitos do v. acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento Cível nº 1.0024.98.113168-3/003.*

4. A apreciação das condições da Ação Cautelar, a plausibilidade do direito invocado e a conseqüente viabilidade do processo cautelar estão intrinsecamente vinculados à possibilidade de êxito do Recurso Especial, de modo que cabe ao Relator do feito proceder a um juízo prévio e perfunctório a respeito da perspectiva de seu acolhimento, uma vez que, sendo ele inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante na Corte, a admissibilidade do pedido cautelar mostra-se prejudicada.

5. No caso concreto, tendo em vista o provimento do Agravo de Instrumento pela Primeira Turma, que ficou sensibilizada com a tese de que, na situação em apreço, apenas o contribuinte de fato teria o direito à restituição da quantia depositada, porque repassado o encargo de ICMS pelo contribuinte de direito, entendo que estão presentes os pressupostos autorizadores da medida.

6. Ademais, presente questão processual das mais importantes, qual seja, a possibilidade de interposição de Agravo de Instrumento contra decisão proferida em processo já findo.

7. Ante o exposto, julgo procedente o pedido cautelar, para suspender os efeitos do acórdão proferido nos autos do AI 1.0024.98.113168-3/003, até o julgamento do Recurso

Especial pela Primeira Turma.

8. É o voto.



## RECURSO ESPECIAL Nº 1.264.074 - MG (2011/0109331-9)

**RELATOR :** MINISTRO HERMAN BENJAMIN  
**RECORRENTE :** VARIG S/A VIAÇÃO AÉREA RIO GRANDENSE  
**ADVOGADO :** GUSTAVO OLIVEIRA DE SIQUEIRA E OUTRO(S)  
**RECORRIDO :** ESTADO DE MINAS GERAIS  
**AGRAVANTE :** ESTADO DE MINAS GERAIS  
**PROCURADOR :** MARCELO PÁDUA CAVALCANTI E OUTRO(S)  
**AGRAVADO :** VARIG S/A VIAÇÃO AÉREA RIO GRANDENSE  
**ADVOGADO :** ROGER SEJAS GUZMAN JUNIOR E OUTRO(S)

### DECISÃO

Trata-se de Recurso Especial e de Agravo de decisão que inadmitiu Recurso Especial, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado (fl. 1.184, e-STJ):

APELAÇÃO CÍVEL - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - ICMS  
EXAÇÃO DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF -  
ARTIGO 166 DO CTN - APLICABILIDADE - NECESSIDADE DE  
COMPROVAÇÃO DA NÃO TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO -  
AUSÊNCIA DE PROVA.

A recorrente, Varig S/A Viação Aérea Rio Grandense, aduz que, além de divergência jurisprudencial, há ofensa aos arts. 3º, 131, 330, 420, e 515, § 3º, do Código de Processo Civil; aos arts. 165 e 166 do Código Tributário Nacional; e ao art. 876 do Código Civil, sob o argumento de que "**a cobrança de tributo em desconformidade com a ordem vigente faz surgir o dever de restituir a quantia indevidamente entregue ao Estado**" (fl. 1.220, e-STJ, grifos no original).

Houve juízo de admissibilidade negativo na instância de origem do apelo do Estado de Minas Gerais (fls. 316-318, e-STJ), o que deu ensejo à interposição do Agravo em Recurso Especial da fazenda estadual.

O Estado de Minas Gerais sustenta contrariedade ao artigo 168, I, do Código Tributário Nacional.

Contraminuta às fls.1.311-1.321, e-STJ.

É o **relatório**.

**Decido.**

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, passo à análise dos recursos em separado.

**1. Recurso Especial de Varig S/A Viação Aérea Rio Grandense.**

A irresignação não merece prosperar.

Inicialmente, observo que o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre as questões jurídicas levantadas em torno dos arts. 3º, 131, 330, 420, e 515, § 3º, do Código de Processo Civil; e do art. 876 do Código Civil.

Ausente, portanto, o indispensável requisito do prequestionamento, o que atrai, por analogia, o óbice da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada." Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "A" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DISPOSITIVO CONSIDERADO VIOLADO DO QUAL NÃO SE EXTRAÍ A TESE SUSTENTADA. (...)

(...)

2. *Tampouco o recurso merece êxito em relação ao disposto nos arts. 154, 244, 248 do CPC, pois a leitura atenta do acórdão combatido revela que tais dispositivos, bem como as teses a eles vinculadas não foram objeto de debate pela instância ordinária e não houve oposição de embargos de declaração, o que atrai a aplicação da Súmula n. 282 desta Corte Superior, inviabilizando o conhecimento do especial no ponto por ausência de prequestionamento.*

(...)

(REsp 1237506/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 27/04/2011, grifei).

Ademais, a recorrente sustenta que o art. 165 do Código Tributário Nacional foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado.

Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF. Cito precedente:

(...) DISPOSITIVOS DE LEI. (...) DEFICIENTE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 284/STF. (...)

(...)

II - *A via estreita do recurso especial exige a demonstração inequívoca da ofensa ao dispositivo inquinado como violado, bem como a sua particularização, a fim de possibilitar o seu exame em conjunto com o decidido nos autos, sendo certo que a alegação genérica de ofensa a dispositivo de lei caracteriza deficiência de fundamentação, em conformidade com o enunciado nº 284 da Súmula do STF.*

(...)

(AgRg no AREsp 80.124/PB, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJe 25/05/2012, grifei).

Por outro lado, no tocante à divergência jurisprudencial, destaco que a discrepância deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente.

O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC, e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea "c", III, do art. 105 da Constituição Federal. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL (...) DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. (...)

1. *Por força legal, a divergência jurisprudencial, autorizativa do recurso especial interposto com fundamento na alínea "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição*

*Federal, requisita comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas ou trechos de votos.*

(...)

(AgRg no Ag 1207818/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, DJe 02/02/2010, grifei.)

Com efeito, *in casu*, a recorrente, nas razões do Recurso Especial, não indicou as circunstâncias que identificariam ou assemelhariam os casos confrontados, limitando-se à transcrição de ementas e dos trechos de votos.

Por fim, o Tribunal *a quo* consignou que (fls. 1.188-1189, e-STJ, grifei):

*A solução do litígio passa então a depender das provas produzidas nos presentes autos. Neste sentido, tenho que merece ser mantida a sentença recorrida no que se refere à ausência de provas de ausência do repasse do ICMS:*

"O Sr. Perito ao responder o quesito nº "3", dos Réus (fls. 326), se foi o contribuinte de fato quem suportou o ICMS em questão, foi firme ao dizer:

(...)

"Portanto, fica prejudicado afirmar quem suportou o encargo do imposto, se o contribuinte final ou a Autora, uma vez que não foi obtida a composição final dos preços dos serviços de navegação aérea, para determinar se todos os custos e despesas operacionais compunham tal preço, de forma que o resultado, demonstrado através do lucro bruto, pudesse suportar os encargos do imposto, em especial, o ICMS."

Além disso, conforme explicitado às fls. 941/944, o ICMS não era um elemento de custo da tarifa, era incluído depois de fixado o índice tarifário, o que comprova que quem realmente arcava com o imposto em questão era o contribuinte de fato.

Já nas razões do Recurso Especial, sustenta-se que "dos elementos considerados para a formação dos preços das tarifas aéreas, largamente examinados nos autos, decorre, com clareza que **o ICMS pago pela Recorrente não era inserido no preço das tarifas**, conforme certificou expressamente o órgão responsável pela fixação das tarifas no período (DAC) - fls. 245/249, tornando economicamente e juridicamente impossível o seu repasse a terceiros" (fls. 1.2281.229, e-STJ, grifos no original).

Assim, é inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, a qual busca afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido. Aplicação da Súmula 7/STJ. A propósito:

TRIBUTÁRIO. ICMS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PASSAGEM AÉREA. ÔNUS

DO ENCARGO DO TRIBUTO. SÚMULA 7/STJ. (...)

(...)

2. O Tribunal de origem asseverou que a empresa aérea não logrou comprovar que o valor do ICMS não estava embutido no preço da passagem, com o repasse da exação ao consumidor, ou ainda que estava autorizado por este a receber os valores indevidos. A modificação da conclusão demandaria o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ.

Agravo regimental provido.

(AgRg no REsp 1003385/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 02/05/2012, grifei.)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS SOBRE TRANSPORTE AÉREO PAGO DESDE 1989 ATÉ 1994. ÔNUS REPASSADO AOS USUÁRIOS DO SERVIÇO OFERTADO PELA CONCESSIONÁRIA. TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU A DEMANDA COM BASE EM SITUAÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA DOS AUTOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

1. Na origem, a então agravante ajuizou ação de repetição de indébito, onde se pleiteou a restituição de ICMS referentes a fatos geradores sobre passagens aéreas ocorridos entre maio de 1989 e junho de 1992. No Juízo monocrático, julgou-se improcedente o pedido, por entender que a Companhia não comprovou ter efetivamente suportado o ônus financeiro, e que o ICMS teria sido repassado aos consumidores finais.

2. *O Tribunal de origem, mantendo a sentença, reconheceu a ilegitimidade ativa, nos termos do art. 166 do CTN, ao fundamento de que a prova dos autos atesta que o ônus financeiro do imposto, não obstante o tabelamento, foi repassado para o consumidor final. A revisão desse entendimento, pressupõe, necessariamente, o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável na estreita via do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.*

(...)

4. *Considerando que o Tribunal de origem levou em consideração a observância de provas contidas nos autos que atestam o repasse do tributo (ICMS) na venda de passagens aéreas ao consumidor final, incide, in casu, a Súmula 7/STJ.*

5. No mesmo sentido: REsp 1.164.574/MG, Rel. p/acórdão Ministro Castro Meira, DJ 16/03/2011 e AgRg no REsp 1081933/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ de 26/04/2012.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1254991/MG, Rel. Ministro BENEDITO

GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 29/05/2012, grifei).

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PASSAGENS AÉREAS. COMPROVAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO FINANCEIRO AO CONTRIBUINTE DE FATO. REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. PRESCRIÇÃO. QUESTÃO PREJUDICADA.

1. Trata-se de ação de repetição do indébito ajuizada pela prestadora do serviço de transporte aéreo em que busca a restituição do ICMS cobrado sobre a venda de passagens aéreas, ante o reconhecimento da inconstitucionalidade da exação pelo STF, no julgamento da ADI nº 1.089/DF.

2. Tratando-se de tributo indireto, a exemplo do ICMS, a legitimidade ativa para a ação de repetição de indébito pertence, em regra, ao contribuinte de fato. Permitir o ressarcimento do imposto por aquele que não arcou com o respectivo ônus financeiro caracteriza enriquecimento ilícito desse último. Para que a empresa possa pleitear a restituição, deve preencher os requisitos do art. 166 do CTN, quais sejam, comprovar que assumiu o encargo financeiro do tributo ou que, transferindo-o a terceiro, possuía autorização expressa para tanto.

3. *No caso, a Corte de origem concluiu que não houve a comprovação de que o autor da demanda arcou com o encargo financeiro do tributo, o que impossibilita o pedido de restituição. Rever esse posicionamento da instância ordinária requer a análise do contexto fático-probatório da lide, o que está obstado pela Súmula 07/STJ.*

(...)

(REsp 1164574/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 16/03/2011, grifei).

## 2 Agravo em Recurso Especial do Estado de Minas Gerais.

A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que não prejudica o conhecimento do Recurso Especial a ausência de assinatura do advogado nas razões recursais quando a petição de interposição do apelo está devidamente assinada. Nessa esteira:



AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. (...) AUSÊNCIA DE ASSINATURA NAS RAZÕES RECURSAIS. PREJUDICIALIDADE.

AFASTADA. ASSINATURA PRESENTE NA PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. (...)

1. *Não prejudica o conhecimento do recurso especial a ausência de assinatura do advogado nas razões recursais quando a petição de interposição do apelo está devidamente assinada. Precedentes.*

(...)

(AgRg no REsp 1045044/MS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, DJe 19/08/2010, grifei).

Todavia, não merece prosperar a irresignação, pois observo que o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre as questões jurídicas levantadas em torno do art. 168 do Código Tributário Nacional.

Ausente, portanto, o indispensável requisito do prequestionamento, o que atrai, por analogia, o óbice da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada." Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. (...) PREQUESTIONAMENTO.(...)

(...)

2. *Quanto aos arts. 165, I, 168, I, e 150, § 4º, do CTN, o recurso padece da falta do requisito do prequestionamento, viabilizador do acesso às instâncias especiais. Súmulas 282/STF e 211/STJ.*

(...)

(REsp 1008664/RN, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 05/08/2008, grifei).

### 3 Conclusão

**Diante do exposto, nos termos do art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao Recurso Especial do particular e, com fulcro no art. 544, § 4º, II, do Código de Processo Civil, conheço do Agravo para negar seguimento ao Recurso Especial do Estado de Minas Gerais.**

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de setembro de 2012.

MINISTRO HERMAN BENJAMIN  
Relator



# **SÚMULAS**

## **ADMINISTRATIVAS**



## **SÚMULA ADMINISTRATIVA Nº 20, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2013.**

O ADVOGADO-GERAL DO ESTADO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 8º da Lei Complementar nº 75, de 13 de janeiro de 2004, edita a presente Súmula Administrativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos de representação judicial do Estado de Minas Gerais:

**“A Administração Pública Estadual deve observar o devido processo legal, pautado pelo contraditório e pela ampla defesa, para proceder à revisão de vencimentos, proventos e pensões e, quando for o caso, ao desconto em folha de pagamento de servidor público ou pensionista, para fins de ressarcimento ao erário.”**

**LEGISLAÇÃO:** Lei Estadual nº 14.184, de 2002; art. 5º, LIV, LV, e § 1º, da Constituição Federal.

**PARECER DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO nº 15.281 JURISPRUDÊNCIA:** TJMG 1.0024.06.128828-8/001; 1.0702.04.189060-0/001; 1.0105.04.108139-6/001; 1.0024.07.389171-5/001; 1.0348.07.000334-1/001; 1.0607.04.021699-8/001; 1.0024.05.704789-6/002; 1.0105.05.156077-6/003; 1.0024.05.699391-8/003; 1.0702.03.066789-4/001; 1.0024.04.387857-8/001; 1.0024.06.265410-8/001; 1.0024.05.697050-2/001; 000.328.213-4/00; 1.0024.02.622624-1/001; 1.0702.06.2766283/001; 1.0000.00.226626-0/000. STF RE 594296 / MG.

## **SÚMULA ADMINISTRATIVA Nº 21, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2013.**

O ADVOGADO-GERAL DO ESTADO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 8º da Lei Complementar nº 75, de 13 de janeiro de 2004, edita a presente Súmula Administrativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos de representação judicial do Estado de Minas Gerais:

**“Não se recorrerá, no mérito, de decisão que concluir pela natureza jurídica de vencimento básico da vantagem pessoal de que trata o art. 1º, § 3º, da Lei Estadual nº 10.470, de 1991, assegurando aos servidores que a recebem que sobre ela incidam adicionais por tempo de serviço, concedidos posteriormente à promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Fica ressalvada a discussão da limitação deste entendimento, aos servidores abrangidos pelo regime de subsídios de que tratam as Leis Estaduais nº 18.975, de 2010, e nº 20.591, de 2012, a partir de suas respectivas vigências. Fica ainda ressalvada, quando for o caso, discussão quanto à fixação da sucumbência e ao critério de atualização.”**

**LEGISLAÇÃO:** Lei Estadual nº 10.470, de 1991; art. 37, XIV, da Constituição Federal; Lei Estadual nº 18.975, de 2010; Lei Estadual nº 20.591, de 2012.

**PARECER DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO Nº 15.282.**

**JURISPRUDÊNCIA:** TJMG Apelações Cíveis nºs 0047719-83.2011.8.13.0024; 347115552.2011.8.13.0024; 0672151-20.2011.8.13.0024; 0676012-14.2011.8.13.0024; 134601717.2008.8.13.0024; 0684529-08.2011.8.13.0024; 3471635-30.2011.8.13.0024;

Embargos Infringentes nº 1982262-07.2010.8.13.0024; STF AgReg no AI nº 318.209-4; ARE 659694 /MG.

**SÚMULA ADMINISTRATIVA Nº 22, DE 10 DE DEZEMBRO DE 2013.**

O ADVOGADO-GERAL DO ESTADO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 8º da Lei Complementar nº 75, de 13 de janeiro de 2004, edita a presente Súmula Administrativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos de representação judicial do Estado de Minas Gerais:

**“Fica dispensada a interposição de recurso contra decisão interlocutória, sentença, acórdão ou decisão monocrática de relator do Tribunal de Justiça, que pronuncia a prescrição para a cobrança de Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), em razão de ter decorrido mais de 5 (cinco) anos entre o vencimento dos prazos para recolhimento do imposto e o ajuizamento da ação de execução fiscal.”**

**LEGISLAÇÃO:**

Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), art. 174.

**NOTA JURÍDICA DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO Nº 3.707, DE 21.11.2013.**

**JURISPRUDÊNCIA:** AgRg no AREsp 246.256/SP, 2ª Turma (DJe 04/12/2012); AgRg no AREsp 24.832/SP (DJE de 13/06/2012); AgRg no AREsp 31.234/SP, 2ª Turma (DJe 03/09/2012); AgRg no AREsp 246.256/SP, 2ª Turma (DJe 04/12/2012); AgRg no Ag 1.399.575/RJ, 2ª Turma (DJe 04/11/2011); AgRg no Ag 1.251.793/SP, 1ª Turma (DJe 08/04/2010); REsp 1.069.657/PR, 1ª Turma (DJe 30/03/2009); RMS 12.970/RJ, 2ª Turma (DJ 22/09/2003 p. 277); RMS 7.669/PA, 2ª Turma (DJ 29/04/2002 p. 209); REsp 919.425/PR; AgRg no REsp 1.053.937/RJ; REsp 666.743/PR; Ag.Rg. no AI 1.251.793/SP; AgRg no REsp 1.325.143/MG, 1ª Turma (DJe 08/04/2013); AgRg no REsp 185.322/SP, 2ª Turma (DJe 18/03/2013).

**OBS.:** As Súmulas Administrativas acima encontram-se no sítio eletrônico da Advocacia-Geral do Estado: <<http://www.age.mg.gov.br/institucional/bases-juridicas/sumulas-administrativasdo-advogado-geral-do-estado?task=view>>.

**LEGISLAÇÃO DA  
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO**





## DECRETOS

### **DECRETO Nº 46.292, de 07 de agosto de 2013.**

Aprova a Deliberação nº 61, de 2 de julho de 2013, do Conselho Superior da Advocacia-Geral do Estado, que contém o regulamento da Medalha do Mérito da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais.

### **DECRETO Nº 46.223, de 18 de abril de 2013.**

Regulamenta os procedimentos administrativos de consultas referentes às matérias de competência das unidades centrais da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão formuladas à Advocacia-Geral do Estado pelas secretarias de Estado, órgãos autônomos, autarquias e fundações da Administração Pública do Poder Executivo Estadual.

### **DECRETO Nº 46.151, de 15 de fevereiro de 2013.**

Dispõe sobre o procedimento de celebração de Protocolo de Intenções entre o Estado de Minas Gerais e investidores.

### **DECRETO Nº 46.120, de 28 de dezembro de 2012.**

Dispõe sobre o Regimento Interno do Conselho de Administração de Pessoal - CAP.

### **DECRETO Nº 45.989, de 13 de junho de 2012.**

Dispõe sobre o não ajuizamento de execução fiscal e a instituição de novas formas de cobrança dos créditos do Estado e de suas autarquias e fundações.

## RESOLUÇÕES

### **RESOLUÇÃO Nº 336, de 05 de agosto de 2013.**

Institui o "Banco de Peças Jurídicas" da Advocacia-Geral do Estado - AGE.

### **RESOLUÇÃO Nº 335, de 23 de julho de 2013.**

Dispõe sobre o Sistema de Controle de Processos Judiciais e Expedientes Administrativos - Tribunus.

### **RESOLUÇÃO Nº 331, de 29 de maio de 2013.**

Dispõe sobre a autorização superior para pedidos de suspensão de segurança e de reclamação junto aos Tribunais.

### **RESOLUÇÃO Nº 328, de 11 de abril de 2013.**

Dispõe sobre a composição do Conselho Editorial da "Revista de Direito Público" - Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, estabelece normas para publicação de artigos e dá outras providências.

**RESOLUÇÃO Nº 325, de 12 de março de 2013.**

Dispõe sobre procedimentos para a liberação de informações a terceiros sobre expedientes e processos da alçada da Advocacia-Geral do Estado - AGE.

**RESOLUÇÃO Nº 322, de 05 de julho de 2013.**

Cria Comissão Permanente para acompanhamento das condições de trabalho nas unidades da Advocacia-Geral do Estado - AGE.

**RESOLUÇÃO Nº 311, de 05 de setembro de 2012.**

Dispensa a interposição de recursos nas ações relativas a cobrança de honorários de advogado nomeado para defender a parte beneficiária de assistência judiciária nos casos que menciona e dá outra providência.

**RESOLUÇÕES CONJUNTAS**

**RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 01, de 02 de dezembro de 2013.**

Divulga normas eleitorais aplicáveis aos agentes públicos da Administração Pública Direta e Indireta do Poder Executivo Estadual e recomenda as cautelas administrativas e funcionais para a observância das vedações e o integral cumprimento das disposições legais em face das eleições do ano de 2014.

**RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 002, de 27 de setembro de 2013.**

Dispõe sobre a regulamentação do Decreto nº 46.319, de 26 de setembro de 2013.

**RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 4563, de 04 de julho de 2013.**

Dispõe sobre o parcelamento de crédito tributário do ICMS apurado no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

**RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 4560, de 29 de junho de 2013.**

Disciplina o Sistema de Parcelamento Fiscal.

**RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 001, de 13 de março de 2013.**

Reajusta a tabela específica de honorários devidos a advogados dativos, nos termos da cláusula quarta do Termo de Cooperação Mútua a que se refere o Decreto Estadual nº 45.898, de 23/01/2012.

**RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 4518, de 25 de janeiro de 2013.**

Dispõe sobre o Núcleo de Auditoria Fiscal no âmbito da Advocacia-Geral do Estado - AGE.

**RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 03, de 29 de agosto de 2012.**

Disciplina, no âmbito do Poder Executivo, o procedimento de Conferência de Serviços de que trata o § 1º do art. 5º da Lei Delegada nº 180, de 20 de janeiro de 2011, nos termos do Decreto nº 45.757, de 07 de outubro de 2011.

**RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 01, de 06 de agosto de 2012.**

Dispõe sobre pagamento administrativo de honorários de advogado dativo para as certidões expedidas a partir de 17/04/2012.

**RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 8674, de 26 de julho de 2012.**

Dispõe sobre a retenção e recolhimento de contribuição previdenciária sobre diárias de viagens devidas ao Instituto Nacional de Seguro Social - INSS - relativas aos servidores vinculados ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

**DELIBERAÇÕES**

**DELIBERAÇÃO Nº 62, de 02 de outubro de 2013.**

Dispõe sobre a execução de honorários de sucumbência.

**DELIBERAÇÃO Nº 61, de 02 de julho de 2013.**

Contém o regulamento da Medalha do Mérito da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais.

**OBS:** O inteiro teor da legislação citada acima encontra-se no sítio eletrônico da AdvocaciaGeral do Estado: <<http://www.age.mg.gov.br>>.



## **RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 01, DE 02 DE DEZEMBRO DE 2013.**

Divulga normas eleitorais aplicáveis aos agentes públicos da Administração Pública Direta e Indireta do Poder Executivo Estadual e recomenda as cautelas administrativas e funcionais para a observância das vedações e o integral cumprimento das disposições legais em face das eleições do ano de 2014.

**O SECRETÁRIO DE ESTADO DE GOVERNO, A SECRETÁRIA DE ESTADO DE CASA CIVIL E DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS E O ADVOGADO-GERAL DO ESTADO**, no uso de suas atribuições previstas no inciso III do § 1º do art. 93 da Constituição do Estado, e tendo em vista o disposto nos arts. 73, 75 e 77 da Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, e na Resolução TSE nº 23.390/2013, que estabelecem normas para as eleições,

### **RESOLVEM:**

#### **CAPÍTULO I**

#### **DISPOSIÇÕES PRELIMINARES CONDUTAS VEDADAS AOS AGENTES PÚBLICOS EM CAMPANHAS ELEITORAIS**

Art. 1º Esta Resolução divulga normas eleitorais aplicáveis aos agentes públicos da Administração Pública Direta e Indireta do Poder Executivo Estadual e recomenda as cautelas administrativas e funcionais para a observância das vedações e o integral cumprimento das disposições legais em face das eleições do ano de 2014.

Art. 2º Os agentes públicos, servidores ou não, da Administração Pública Direta e Indireta do Poder Executivo Estadual, no ano das eleições de 2014, estão sujeitos às normas previstas na legislação eleitoral, especialmente as divulgadas nesta Resolução.

#### **CAPÍTULO II**

#### **VEDAÇÃO DO USO DE BENS, PROGRAMAS E SERVIDORES PÚBLICOS EM CAMPANHAS ELEITORAIS**

Art. 3º É proibido, nos termos do art. 73, I, II, III e IV, da Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, o uso de bens, programas e servidores públicos no âmbito de campanhas eleitorais, consistindo em conduta vedada aos agentes públicos da Administração Pública Direta e Indireta:

I - ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à Administração Pública Direta ou Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária;

II - usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram;

III - ceder servidor público ou empregado da Administração Pública Direta ou Indireta Federal, Estadual ou Municipal, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente;

IV - fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público.

Art. 4º A violação ao disposto no artigo 2º importa na aplicação das sanções de multa no valor de cinco a cem mil UFIR, ficando o candidato beneficiado pela conduta sujeito à cassação do registro de candidatura ou do diploma (art. 73, §§ 4º e 5º, da Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997), sem prejuízo de poder o ato ser caracterizado como infração funcional, improbidade administrativa e infração penal (arts. 73, § 7º, e 78 da Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997).

### CAPÍTULO III

#### VEDAÇÕES ELEITORAIS NO ÂMBITO DO FUNCIONALISMO PÚBLICO

Art. 5º É vedado à Administração Pública Estadual Direta e Indireta, a partir de 8 de abril de 2014 (Resolução TSE 23.390/2013), fazer, na circunscrição do pleito eleitoral, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo (art. 73, VIII, da Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997).

Art. 6º É vedado à Administração Pública Estadual Direta e Indireta, a partir de 5 de julho de 2014 (Resolução TSE 23.390/2013) até a posse dos eleitos, nos termos do art. 73, V, da Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvadas:

- I - a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança;
- II - a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República;
- III - a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo;
- IV - a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo;
- V - a transferência ou remoção *ex officio* de militares, policiais civis e de agentes penitenciários.

Parágrafo único. Consideram-se serviços públicos essenciais, nos termos da Lei Federal nº 7.783, de 28 de junho de 1989, arts. 10 e 11, aqueles que, não atendidos, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a saúde e a segurança da população.

Art. 7º A violação ao disposto nos artigos 4º e 5º importa na aplicação das sanções de multa no valor de cinco a cem mil UFIR, ficando o candidato beneficiado pela conduta sujeito à cassação do registro de candidatura ou do diploma (art. 73, §§ 4º e 5º, da Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997), sem prejuízo de poder o ato ser caracterizado como infração funcional, improbidade administrativa e infração penal (arts. 73, § 7º, e 78 da Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997).

## CAPÍTULO IV

### VEDAÇÕES ELEITORAIS PARA TRANSFERÊNCIAS DE RECURSOS, BENS E SERVIÇOS PÚBLICOS

Art. 8º É vedada à Administração Pública Estadual Direta e Indireta, a partir de 5 de julho de 2014 (Resolução TSE 23.390/2013) até o fim das eleições, em primeiro ou segundo turno, nos termos do art. 73, VI, “a”, da Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, realizar transferência voluntária de recursos aos Municípios ou a entidades da Administração Indireta Municipal, sob pena de nulidade de pleno direito.

§ 1º Considera-se transferência voluntária todo o repasse de valores, bens e serviços, independentemente do instrumento jurídico utilizado para efetivação da transferência, excluídas apenas as transferências que não decorram de determinação constitucional, legal ou destinadas ao Sistema Único de Saúde (art. 25 da Lei Complementar Federal 101, de 4 de maio de 2000).

§ 2º Ficam excluídos da vedação prevista neste artigo o repasse de recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente anteriormente ao período vedado, para execução de obra ou serviço em andamento, com execução física já iniciada, e com cronograma prefixado, bem como os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública devidamente comprovadas.

Art. 9º É vedada à Administração Pública Estadual Direta e Indireta, nos termos do art. 73, §10, da Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, a partir de 1º de janeiro até 31 de dezembro de 2014 (Resolução TSE 23.390/2013), a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios diretamente à população em geral, ou através de entidades privadas sem fins lucrativos, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior.

§ 1º - É considerada programa social, abrangida na vedação do *caput* deste artigo, a concessão de anistia de créditos, tributários ou não, no ano eleitoral;

§ 2º - Nas hipóteses de continuidade de programa social ou de calamidade pública ou estado de emergência, poderá o Ministério Público promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

§ 3º - Não será permitida, em qualquer hipótese, no ano eleitoral, o início ou a continuidade de programa social executado por entidade nominalmente vinculada a candidato ou por este mantida (art. 73, §11, da Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997).

Art. 10 A violação ao disposto nos artigos 7º e 8º importa na aplicação das sanções de multa no valor de cinco a cem mil UFIR, ficando o candidato beneficiado pela conduta sujeito à cassação do registro de candidatura ou do diploma (art. 73, §§ 4º e 5º, da Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997), sem prejuízo de poder o ato ser caracterizado como infração funcional, improbidade administrativa e infração penal (arts. 73, § 7º, e 78 da Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997).

## CAPÍTULO V

## VEDAÇÕES ELEITORAIS NO ÂMBITO DA PUBLICIDADE INSTITUCIONAL

### Seção I

A publicidade institucional no Calendário Eleitoral de 2014 (Resolução TSE 23.390/2013)

Art. 11 A Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, concretizada no ano de 2014 pela Resolução TSE 23.390/2013, define os seguintes períodos para a adequação da publicidade institucional:

I - de 1º de janeiro a 4 de julho – período em que podem ser realizadas ações de publicidade institucional pelo Governo sem restrições em razão das eleições, observadas aquelas definidas no art. 37, § 1º da Constituição da República e no art. 73 da Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, independentemente de consulta ou autorização do Tribunal Regional Eleitoral – TRE/MG;

II - de 5 de julho a 27 de outubro (primeiro dia após o término de eventual segundo turno) – período em que somente poderá ser realizada a publicidade legal (atos administrativos, portarias, atas e editais) e a propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, ressalvada, ainda, a possibilidade de veicular publicidade institucional nos casos de grave e urgente necessidade pública, desde que previamente autorizada pelo TRE/MG, a quem compete analisar a gravidade e urgência da comunicação;

III – a partir de 27 de outubro podem ser realizadas ações de publicidade institucional nos termos do inciso I deste artigo.

Parágrafo único. Se a eleição estadual se resolver em primeiro turno, o termo final do período previsto no inciso II do *caput* passa a ser o dia 6 de outubro de 2014.

### Seção II

Das condutas vedadas no âmbito da publicidade institucional: suspensão da publicidade

Art. 12 São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, a partir de 5 de julho de 2014 (Resolução TSE 23.390/2013) até o fim das eleições, em primeiro ou segundo turno, nos termos do art. 73, VI, “b” e “c”, e VII, da Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, as seguintes condutas:

I - realizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da Administração Pública Indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral, ou de propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado.

II - fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo.

III - realizar, no primeiro semestre do ano de 2014, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da Administração Pública Indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição, prevalecendo como parâmetro aquele de menor valor.



Art. 13 Nos três meses que antecederem as eleições, ou seja a partir de 5 de julho de 2014 (Resolução TSE 23.390/2013), na realização de inaugurações é vedada a contratação de shows artísticos pagos com recursos públicos.

Art. 14 É proibido a quaisquer candidatos nas eleições de 2014, nos três meses que precedem o pleito, ou seja, a partir de 5 de julho de 2014 (Resolução TSE 23.390/2013), participar de inauguração de obras públicas no âmbito da Administração Estadual.

### Seção III

Do conceito de publicidade institucional definido pela Lei Eleitoral

Art. 15 O conceito de publicidade institucional definido pela Lei Eleitoral é abrangente e alcança todo o tipo de mensagem sobre atos, fatos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos e entidades da Administração Pública Indireta, incluindo as comunicações pagas.

§ 1º O agente público deverá, para a classificação de uma comunicação como publicidade institucional apurar seu conteúdo, independentemente de ser ou não publicidade gratuita ou paga com recursos públicos, verificando se ela contém juízos de valor sobre a ação do governo, análises e indução a conclusões por parte dos receptores.

§ 2º É publicidade institucional toda ação que não se caracterize como publicidade legal ou ação de propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado.

§ 3º Não se enquadra no conceito de publicidade institucional, vedada pela legislação eleitoral, a publicidade realizada no exterior para público-alvo constituído de estrangeiros.

### Seção IV

Das definições e providências relativas à marca institucional do Governo de Minas e a peças e veículos de comunicação

Art. 16 A aplicação da marca institucional “Governo de Minas” fica suspensa a partir de 5 de julho de 2014.

§ 1º Todas as placas relacionadas a projetos de obras ou obras em andamento realizadas por órgãos e entidades do Poder Executivo Estadual, bem como por outros entes, públicos ou privados, decorrentes de convênios, contratos e quaisquer outros ajustes deverão ser, antes de 5 de julho de 2014:

I- alteradas, com a retirada ou cobertura da marca institucional do Governo de Minas; ou

II- retiradas as próprias placas.

§ 2º As placas de obras já concluídas devem ser retiradas antes do início do período de vedação da publicidade institucional.

Art. 17 Considera-se como placa de projeto de obra ou placa de obra, para os fins deste documento, além das placas em metal, os painéis, outdoors, tapumes, empenas e quaisquer outras formas de identificação ou divulgação de obra ou projeto que o Executivo Estadual participe, direta ou indiretamente.

Art. 18 A retirada ou alteração das placas de que trata o § 1º do art. 15 é responsabilidade:

I - dos agentes do Poder Executivo Estadual, da Administração Pública Direta e Indireta, nos casos em que estes órgãos e entidades as tenham instalado;

II - nos casos em que as placas tiverem sido instaladas por entes públicos ou privados, em obediência a convênios, contratos ou quaisquer ajustes, a responsabilidade cabe ao órgão ou entidade do Poder Executivo Estadual responsável pelo ajuste solicitar a retirada ou cobertura da marca ou propor a retirada da placa, mediante correspondência oficial e protocolo de recebimento ou outra comprovação clara e inquestionável de que a providência foi tomada, para efeito de, eventualmente, constituir prova junto à Justiça Eleitoral.

Art. 19 Fica também suspensa no período vedado a entrega e distribuição, por parte dos órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta do Estado de Minas Gerais, de peças e material de publicidade institucional.

Parágrafo único. Cabe aos órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta do Estado de Minas Gerais manter controle rígido acerca da data da entrega de material publicitário, bem como de seu tipo e quantidade, realizada durante o período em que permitida a publicidade institucional, para, eventualmente, fazer prova perante o TRE/MG.

Art. 20 Cabe a cada órgão ou entidade da Administração Pública Direta e Indireta do Estado de Minas Gerais mandar suspender, com a devida antecedência, a veiculação da publicidade institucional, arquivando todos os comunicados enviados para servir de prova em eventual questionamento junto ao TRE/MG.

## Seção V

### Dos sítios na Rede Mundial de Computadores das Administrações Pública Direta e Indireta do Estado

Art. 21 A marca institucional do Governo de Minas deve ser retirada, a partir de 1º de julho, de todos os sítios na Rede Mundial de Computadores (internet) de órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta do Poder Executivo Estadual.

Parágrafo único. Também devem ser retirados todos os conteúdos caracterizados como publicidade institucional do Governo de Minas nos termos no art. 14, a fim de que o sítio na internet disponibilize apenas informações e serviços que já eram regularmente prestados à população.

Art. 22 Os conteúdos caracterizados como de informações e solicitações de serviços públicos são admitidos durante o período eleitoral.

§ 1º Para classificar os conteúdos de que trata o caput, o órgão ou entidade deverá compará-los a um guichê de atendimento físico, que continuará a prestar informações e a interagir com o usuário do serviço público.

§ 2º Os sítios na Rede Mundial de Computadores poderão continuar a prestar informações e solicitações de serviços públicos ao usuário.

Art. 23 Deverão ser retiradas dos sítios na Rede Mundial de Computadores a parte dos noticiários e não poderão ser reproduzidos conteúdos de matérias, mesmo que já tenham sido veiculadas pela imprensa.

## Seção VI

### Dos jornais e outras publicações

Art. 24 Fica proibida a publicação de jornais, bem como qualquer outro tipo de publicação, por exemplo, revistas, folhetos, informativos, no período eleitoral.

Parágrafo único. Em caso de dúvida deve ser feita prévia consulta específica ao TRE/MG.

Art. 25 A reutilização de peças gráficas e eletrônicas (reimpressão, reedição) depende de prévia autorização do TRE/MG, independente de seu conteúdo.

## Seção VII

### Dos eventos

Art. 26 Os eventos que não sejam caracterizados como publicidade institucional, conforme dispõe o inciso I do art. 12 desta Resolução, poderão ser realizados em período eleitoral, observado o disposto nesta Seção.

Art. 27 Nas solenidades realizadas em período eleitoral são vedadas:

- I – a utilização de marcas de governo, slogans, banners, faixas e outras peças de comunicação contendo referências, informações ou juízos de valor acerca de governo;
- II - a presença de candidatos que concorram a quaisquer cargos eletivos nas eleições de 2014 em inaugurações de obras públicas;
- III – a realização de shows artísticos;
- IV - a realização de discurso político-partidário e a menção a eleições ou a candidatos;
- V - a utilização de cartazes, faixas, carros de som, distribuição de releases e outras formas de divulgação pública ou convocação para o evento.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Resolução, considera-se solenidade a cerimônia pública realizada por ocasião da formalização de atos administrativos, inauguração ou visita a obras, visita a dependências de governo, ou assemelhados.

Art. 28 - Nos congressos e seminários realizados em período eleitoral, os materiais de trabalho a serem utilizados, tais como blocos, canetas, pastas, cartilhas, programações visuais diversas, dentre outros, somente poderão conter o nome por extenso do órgão ou entidade responsável pela promoção do evento, sem quaisquer marcas ou slogans, em especial do Governo de Minas.

§ 1º Os congressos e seminários em que não for possível atender ao disposto no *caput* somente poderão ser realizados após autorização expedida pelo Tribunal Regional

Eleitoral – TRE/MG – mediante consulta prévia, observado o disposto na Seção VIII desta Resolução.

§ 2º Para os efeitos desta Resolução, consideram-se congressos ou seminários as reuniões de caráter técnico, científico ou cultural para discussão, por especialistas, de matérias de interesse de seus promotores, em ambientes fechados, sem natureza publicitária.

Art. 29 Fica vedada a realização, por parte da Administração Pública Direta e indireta do Estado, de feiras e exposições em período eleitoral, nos termos do inciso I do art. 12 desta Resolução.

§ 1º Mediante autorização do Tribunal Regional Eleitoral – TRE/MG – à vista de consulta prévia, para a realização e publicidade do evento, nos termos do disposto na Seção VIII desta Resolução, poderão ser realizadas feiras e exposições tradicionalmente consagradas por sua realização habitual e periódica, bem como aquelas referentes a produtos ou serviços que tenham concorrência no mercado, limitada a atuação em seus estandes à prestação direta de serviços aos cidadãos.

§ 2º Para os efeitos desta Resolução, consideram-se feiras e exposições os eventos que visam a promover ou divulgar produtos ou serviços dos expositores.

Art. 30 A realização de publicações técnicas e didáticas em período eleitoral, nos termos do inciso I do art. 12 desta Resolução, fica condicionada à autorização expedida pelo Tribunal Regional Eleitoral – TRE/MG – mediante consulta prévia, observado o disposto na Seção VIII desta Resolução.

Art. 31 Na veiculação de vídeos e na transmissão em TV fechada, durante eventos em período eleitoral, somente serão permitidas, observadas as seguintes condições ou exigências:

- I – que se trate de evento fechado e restrito ao público alvo;
- II – que o conteúdo do evento consista no desenvolvimento da missão institucional do órgão ou entidade realizadores;
- III – que o conteúdo dos vídeos ou da transmissão destine-se estritamente à atividade de treinamento e qualificação dos servidores.

Parágrafo único. Fica vedada a utilização da marca do Governo de Minas, de slogans ou de frases caracterizem propaganda institucional, nos termos do inciso I do art. 12 desta Resolução.

Art. 32 A divulgação destinada à comercialização de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, poderá ser realizada independentemente de autorização prévia pelo Tribunal Regional Eleitoral – TRE/MG – sendo admitida a divulgação da marca da entidade responsável pela comercialização, vedada a utilização de marca ou slogan do Governo de Minas.

Art. 33 O patrocínio e a promoção de eventos, com a veiculação de nome de órgão ou entidade estatal ou de logomarca, inclusive aquelas das leis de incentivo cultural ou esportivo, em período eleitoral, nos termos do inciso I do art. 12 desta Resolução, ficam condicionados à autorização do Tribunal Regional Eleitoral – TRE/MG – à vista de consulta

prévia, observado o disposto na Seção VIII desta Resolução, vedada, em qualquer hipótese, a utilização da marca do Governo de Minas.

## Seção VIII

### Do encaminhamento de consulta ao TRE/MG

Art. 34 As consultas por órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta do Poder Executivo deverão ser encaminhadas à Subsecretaria de Comunicação Social da Secretaria de Estado de Governo - SECOM/SEGOV, que providenciará sua formalização ao TRE/MG, por intermédio da Advocacia Geral do Estado - AGE.

Parágrafo único. As consultas à SECOM poderão ser apresentada pelo endereço eletrônico [gabinetesecom@governo.mg.gov.br](mailto:gabinetesecom@governo.mg.gov.br).

Art. 35 As consultas de que trata o art. 26 deverão conter:

- I - a descrição da ação de comunicação pretendida;
- II - sua fundamentação em relação aos objetivos e função institucional do órgão ou entidade;
- III - a comprovação da grave e urgente necessidade de interesse público;
- IV - os modelos, leiautes, monstros ou rascunhos, roteiros e outras características das peças de comunicação.

Art. 36 As peças e campanhas publicitárias, por quaisquer meios, quando autorizadas pelo TRE/MG, só poderão ser veiculadas nos exatos termos em que enviadas à Justiça Eleitoral, e por ela autorizadas, inclusive com as eventuais modificações judicialmente determinadas.

## CAPÍTULO VI

### DAS VEDAÇÕES DE PARTICIPAÇÃO DO FUNCIONALISMO EM CAMPANHA ELEITORAL E DA PROPAGANDA ELEITORAL NO SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL

Art. 37 É vedado a quaisquer candidatos fazer campanha ou distribuir material de campanha nas repartições públicas da Administração Direta e Indireta do Estado.

Art. 38 Os servidores públicos da Administração Pública Direta e Indireta do Estado somente poderão participar de campanhas políticas ou de eventos eleitorais fora do horário de expediente e na condição de cidadão-eleitor.

Parágrafo único. Fica expressamente vedado aos servidores públicos o uso de bens e recursos públicos, tais como e-mail institucional e computadores do Estado, para realização de manifestações eleitorais, mesmo que fora do horário do expediente.

## CAPÍTULO VII

### DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 39 O erro ou descumprimento da legislação eleitoral e desta Resolução acarreta a responsabilização penal, civil, eleitoral e administrativa do agente.

Parágrafo único. Dentre as sanções a que se sujeita o infrator estão a demissão, multa, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público, ressarcimento do dano, sem prejuízo da abertura de procedimento administrativo disciplinar.

Art. 40 Os casos omissos, inclusive em relação às ações de implementação do Sistema Único de Saúde – SUS, serão orientados pela Advocacia Geral do Estado – AGE mediante solicitação da autoridade máxima do órgão ou entidade do Poder Executivo, acompanhados de toda a documentação necessária, inclusive a manifestação prévia da assessoria jurídica do órgão ou entidade.

Art. 41 Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, aos 02 de dezembro de 2013.

**DANILO DE CASTRO**  
Secretário de Estado de Governo

**MARIA COELI SIMÕES PIRES**  
Secretária de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais

**MARCO ANTÔNIO REBELO ROMANELLI**  
Advogado-Geral do Estado

OBS.: Este texto não substitui o publicado no “Minas Gerais”, de 04/12/2013.

## ORIENTAÇÃO EDITORIAL:

### normas para envio de artigos para publicação na Revista Jurídica da AGE

O periódico *DIREITO PÚBLICO: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado* pretende divulgar estudos, artigos, ensaios, enfim trabalhos jurídicos, da ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

Os artigos enviados para publicação na Revista Jurídica da AGE deverão obedecer as normas da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas.

As peças processuais e pareceres dispensam a adoção desta padronização, embora possam ser adaptadas, em sede de revisão, em concordância com as normas previstas na ABNT.

Serão aceitos originais preferencialmente inéditos ou apresentados em eventos públicos.

#### ORIENTAÇÃO EDITORIAL:

##### 1) Apresentação do artigo.

Os trabalhos destinados à Revista serão precedidos de folha de rosto em que se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e e-mail, mencionando também a situação acadêmica do autor (ou autores), títulos e instituição à qual pertença.

Caso o artigo tenha sido publicado ou apresentado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) deverá ser feita referência à publicação ou ao evento.

Em anexo ao artigo, deverá também ser juntada autorização do(s) autor(es) para publicação, conforme modelo a seguir.

Os artigos deverão ser enviados em disquete de 3 1/2 polegadas, no formato RTF (Rich Text Format), acompanhados de 2 provas impressas do texto, com os critérios descritos a seguir: processado em Word for Windows, fonte Times New Roman, Preta, corpo 12 para todo o trabalho e corpo 14 para o título do artigo e título das seções e subseções; margem superior 3 cm, margem inferior 2 cm, margem esquerda 3 cm, margem direita 2 cm, cabeçalho e rodapé 1,45 cm; em papel A4, com digitação apenas no anverso da folha. A ordem de apresentação será: título (: subtítulo), nome do autor(es), sumário, texto e referência bibliográfica.

##### 2) Título

O título do artigo, com destaque para essa parte, é indicado na parte superior da primeira

folha, centralizado e em letras maiúsculas (fonte Times New Roman, preta, corpo 14); podendo complementar o título, o subtítulo segue abaixo do título, diferenciado tipograficamente, ou separado por dois pontos (:), centralizado e em letras minúsculas (fonte Times New Roman, preta, corpo 12).

##### 3) Autor

O nome do autor é indicado por extenso abaixo do título, centralizado e em letras maiúsculas (fonte Times New Roman, corpo 14).

As indicações de formação acadêmica, títulos e instituição que pertence serão feitas em nota de rodapé precedida de símbolo gráfico (\*).

As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da AGE/MG.

Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor (ou autores) podem ser mencionados ao final do artigo, antes das referências bibliográficas.

##### 4) Sumário

Com a finalidade de visualizar a estrutura do trabalho e refletir sua organização, o artigo conterá um sumário logo abaixo do nome do autor, e nele serão mencionados os principais pontos a serem abordados pelo trabalho, através de numeração progressiva das seções.

Será apresentado em fonte Times New Roman, Preta, corpo 12, parágrafo com recuo a 2 cm da margem esquerda e direita, alinhamento justificado; espaçamento simples.

##### 5) Corpo do Texto

O corpo do texto será apresentado em fonte Times New Roman, Preta, corpo 12, parágrafo com recuo a 2 cm da margem esquerda e alinhamento justificado; espaçamento simples, entre linhas antes e depois de parágrafos, 6 pt ou automático; para todo o trabalho.

Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de itálico. Deve-se evitar o uso de negrito ou sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.

6) Capítulo

O capítulo ou títulos das seções e subseções, digitados em letra maiúscula, obedecerão a mesma fonte do texto, corpo 14, negrito; entre linhas precedidos de espaço 1,5 e espaço duplo que os sucederem; alinhado na margem esquerda; com numeração progressiva.

7) Citação

A citação obedecerá à mesma fonte do texto, corpo 10; recuo 4 cm, se ultrapassar 3 linhas. Caso as citações diretas limitem-se a esse espaço, deverão estar contidas no texto entre aspas duplas.

A transcrição literal de parte de normas jurídicas terá o recuo de parágrafo a 4 cm da margem esquerda e será precedida da expressão latina (em itálico) *in verbis*.

As notas de referência para indicar as citações de fonte bibliográfica ou considerações e comentários que não devem interromper a sequência do texto aparecerão em notas de rodapé:

*Apud* = citado por, conforme, segundo (usado para indicar citação de citação)

*Ibidem* ou *Ibid.* = na mesma obra (usado quando se fizer várias citações da mesma obra)

*Idem* ou *Id.* = do mesmo autor (usado quando se fizer citação de várias obras do mesmo autor)

*Opus citatum* ou *Op. cit.* = na obra citada (usado para se referir à obra citada anteriormente e é precedida do nome do autor)

*Loco citato* ou *Loc. cit.* = no lugar citado

*Sequentia* ou *Et. Seq.* = seguinte ou que se segue

Passim = aqui e ali; em vários trechos ou passagens

Confira ou Cf. = confira, confronte

Sic = assim mesmo, desta maneira

9) Referência bibliográfica

As referências bibliográficas serão apresentadas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), no final do artigo.

Os trabalhos publicados pela Revista poderão ser reimpressos, total ou parcialmente, por outra publicação periódica da AGE, bem como citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original, aplicando-se o disposto no item anterior.

**AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO**

Pelo presente termo de autorização, cedo ao Conselho Editorial da Revista Jurídica da ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO de Minas Gerais, Praça da Liberdade, s/nº, 1º andar – Funcionários – Belo Horizonte – MG, a título gratuito e por tempo indeterminado, os direitos autorais referentes ao artigo doutrinário de minha autoria, intitulado

\_\_\_\_\_ para fins de divulgação pública em meio impresso e eletrônico através das publicações produzidas pelo órgão.

\_\_\_\_\_  
(cidade), (data)

\_\_\_\_\_  
(nome)

8) Notas de rodapé

As notas de rodapé de página obedecerão à mesma fonte do texto, corpo 10; parágrafo de 0,5 cm da margem esquerda; alinhamento justificado; espaçamento entre linhas simples; numeração progressiva.



Advogado-Geral do Estado  
**Marco Antônio Rebelo Romanelli**

Advogado-Geral Adjunto  
**Carlos José da Rocha**

Advogado-Geral Adjunto  
**Roney Luiz Torres Alves da Silva**

**PROCURADORES DO ESTADO**

Adilson Albino dos Santos  
Adriana Gonçalves Myhrra  
Adriano Antônio Gomes Dutra  
Adriano Brandão de Castro  
Adrienne Lage de Resende  
Alan Lourenço Nogueira  
Alana Lúcio de Oliveira  
Albérico Agrello Neto  
Alberto Guimarães Andrade  
Alda de Almeida e Silva  
Alessandra Nogueira Nunes  
Alessandro Fernandes Braga  
Alessandro Henrique Soares Castelo Branco  
Alessandro Rodrigues  
Alexandre Bitencourth Hayne  
Alexandre Diniz Guimarães  
Alexandre Moreira de Souza  
Aline Almeida Cavalcante de Oliveira  
Aline Cristina de Oliveira Amaranti  
Aline Di Neves  
Aline Guimarães Furlan  
Aloísio Vilaça Constantino  
Amanda Assunção Castro  
Amélia Josefina Alves N. da Fonseca  
Ana Carolina Cuba de Almada Lima  
Ana Carolina Di Gusmão Uliana  
Ana Carolina Oliveira Gomes  
Ana Cristina Sette Bicalho Goulart  
Ana Luiza Boratto Mazzoni Paiva  
Ana Luiza Goulart Peres Matos  
Ana Maria de Barcelos Martins  
Ana Maria Jeber Campos  
Ana Maria Richa Simon  
Ana Paula Araújo Ribeiro Diniz  
Ana Paula Ceolin Ferrari Bacelar  
Ana Paula Muggler Rodarte  
Ana Silvia Lima Azevedo  
Anamélia de Matos Alves  
André Borges Pires  
André Luís de Oliveira Silva  
André Robalinho de Albuquerque e Mello  
André Sales Moreira

Andréa Maura Campedelli Machado Piedade  
Ângela Regina Soares Leite  
Anna Carolina Heluany Zeitune Pires  
Anna Lúcia Goulart Veneranda  
Antônio Carlos Diniz Murta  
Antônio Olímpio Nogueira  
Aparecida Imaculada Amarante  
Armando Sérgio Peres Mercadante  
Arthur Pereira de Mattos Paixão Filho  
Atabalipa José Pereira Filho  
Aurélio Passos Silva  
Bárbara Maria Brandão Caland Lustosa  
Barney Oliveira Bichara  
Beatriz Lima de Mesquita  
Benedicto Felipe da Silva Filho  
Bianca Mizuki Dias dos Santos  
Brenna Corrêa França Gomes  
Breno Rabelo Lopes  
Bruno Balassiano Gaz  
Bruno Borges da Silva  
Bruno Matias Lopes  
Bruno Paquier Binha  
Bruno Resende Rabello  
Bruno Rodrigues de Faria  
Caio de Carvalho Pereira  
Camila de Alcântara Almeida Favalli  
Carla Morena Lima de Oliveira Dias  
Carlos Alberto Rohrmann  
Carlos Augusto Góes Vieira  
Carlos Eduardo Tarquíneo  
Carlos Eduardo Wanderley Curio  
Carlos Frederico Bittencourt R. Pereira  
Carlos José da Rocha  
Carlos Roberto Meneghini Cunha  
Carlos Torres Murta  
Carlos Victor Muzzi Filho  
Carolina Borges Monteiro  
Carolina Couto Pereira  
Carolina Guedes Pereira  
Carolina Miranda Laborne Mattioli Hermeto  
Cássio Roberto dos Santos Andrade  
Catarina Barreto Linhares

Cédio Pereira Lima Júnior  
Celeste de Oliveira Teixeira  
Célia Cunha Mello  
Célio Lopes Kalume  
César Raimundo da Cunha  
Christiano Amaro Correa  
Clara Silva Costa de Oliveira  
Clarissa Teixeira Eloi Santos  
Claudemiro de Jesus Ladeira  
Cláudia Lopes Passos  
Cláudio Roberto Ribeiro  
Cléber Maria Melo e Silva  
Cléber Reis Grego  
Cornélia Tavares de Lanna  
Cristiane de Oliveira Elian  
Cristina Grossi de Moraes  
Daniel Bueno Cateb  
Daniel Cabaleiro Saldanha  
Daniel Henrique Pimenta Faria  
Daniel Luiz Barbosa  
Daniel Santos Costa  
Daniela Victor de Souza Melo  
Danielle Fonseca Mattosinhos  
Danilo Antônio de Souza Castro  
Dario de Castro Brant Moraes  
David Pereira de Sousa  
Débora Bastos Ribeiro  
Débora Val Leão  
Denise Soares Belém  
Dimas Geraldo da Silva Júnior  
Diógenes Baleeiro Neto  
Dirce Euzébia de Andrade  
Douglas Gusmão  
Éder Sousa  
Edgar Saiter Zambrana  
Edrise Campos  
Eduardo de Mattos Paixão  
Eduardo Goulart Pimenta  
Eduardo Grossi Franco Neto  
Elisângela Soares Chaves  
Elisa Salzer Procópio  
Eliza Fiúza Teixeira  
Emerson Madeira Viana  
Érico Andrade  
Érika Gualberto Pereira de Castro  
Ester Virgínia Santos  
Esther Maria Brighenti dos Santos  
Evandro Coelho Taglialegna  
Evânia Beatriz de Souza Cabral  
Fabiana Kroger Magalhães  
Fabiano Ferreira Costa  
Fábio Diniz Lopes  
Fábio Murilo Nazar  
Fabiola Pinheiro Ludwig Peres  
Fabrícia Barbosa Duarte Guedes  
Fabrícia Lage Fazito Rezende Antunes  
Felipe Lopes de Freitas Honório  
Fernanda Barata Diniz  
Fernanda Caldeira Reis  
Fernanda Carvalho Soares  
Fernanda da Paixão Costa Ferreira  
Fernanda de Aguiar Pereira  
Fernanda Paiva Carvalho  
Fernanda Saraiva Gomes Starling  
Fernando Antônio Chaves Santos  
Fernando Antônio Rolla de Vasconcellos  
Fernando Barbosa Santos Netto  
Fernando Márcio Amarante Ribeiro  
Fernando Salzer e Silva  
Flávia Bianchini Mesquita Gabrich  
Flávia Caldeira Brant de Figueiredo  
Francisco de Assis Vasconcelos Barros  
Françoise Fabiane Ferreira  
Gabriel Arbex Valle  
Gabriela Silva Pires  
Gelson Mário Braga Filho  
Geralda do Carmo Silva  
Geraldo Ildebrando de Andrade  
Geraldo Júnio de Sá Ferreira  
Gerson Ribeiro Junqueira de Barros  
Gianmarco Loures Ferreira  
Giselle Carmo e Coura  
Gleide Lara Meirelles Santana  
Grazielle Valeriano de Paula Alves  
Guilherme Bessa Neto  
Guilherme do Couto de Almeida  
Guilherme Guedes Maniero  
Guilherme Soeiro Ubaldo  
Gustavo Albuquerque Magalhães  
Gustavo Brugnoli Ribeiro Cambraia  
Gustavo Chaves Carreira Machado  
Gustavo de Oliveira Rocha  
Gustavo de Queiroz Guimarães  
Gustavo Luiz Freitas de Oliveira Enoque  
Hebert Alves Coelho  
Helena Retes Pimenta Bicalho  
Heloíza Saraiva de Abreu  
Iara Rolim Freire Figueiredo  
Ivan Ludovice Cunha  
Izabella Ferreira Fabbri Nunes  
Jader Augusto Ferreira Dias  
Jaime Nápoles Villela  
Jalmir Leão Santos  
Jamerson Jadson de Lima  
Janaina Cristina Reis Jenkins de Freitas  
Jaques Daniel Rezende Soares  
Jason Soares de Albergaria Neto  
Jayme Zattar Filho  
Jerusa Drummond Brandão Regazzoni  
Joana Faria Salomé  
João Calcagno Bandeira de Melo  
João Lucas Albuquerque Daud

João Lúcio Martins Pinto  
João Paulo Pinheiro Costa  
João Viana da Costa  
Joel Cruz Filho  
José Antônio Santos Rodrigues  
José Benedito Miranda  
José dos Passos Teixeira de Andrade  
José Hermelindo Dias Vieira Costa  
José Horácio da Motta e Camanducaia Júnior  
José Maria Brito dos Santos  
José Roberto de Castro  
José Roberto Dias Balbi  
José Sad Júnior  
Josélia de Oliveira Pedrosa  
Juarez Raposo Oliveira  
Juliana Campos Horta de Andrade  
Juliana Faria Pamplona  
Juliana Rizzato Silva  
Juliana Schmidt Fagundes  
Juliano Lomazini  
Júlio César Azevedo de Almeida  
Júlio José de Moura  
Jullyanna Ribeiro dos Santos Pena  
Júnia Maria Coelho Ferreira Couto  
Karen Cristina Barbosa Vieira  
Kleber Silva Leite Pinto Júnior  
Laís D'Ângela Gomes da Rocha  
Larissa Maia França  
Larissa Rodrigues Ribeiro  
Leandro Almeida Oliveira  
Leandro Lanna de Oliveira  
Leandro Moreira Barra  
Leandro Raphael Alves do Nascimento  
Leonardo Augusto Leão Lara  
Leonardo Bruno Marinho Vidigal  
Leonardo Canabrava Turra  
Leonardo Oliveira Soares  
Letícia Lemos Rossi  
Letícia Rodrigues Vicente  
Levy Leite Romero  
Liana Portilho Mattos  
Lina Maia Rodrigues de Andrade  
Lincoln D'aquino Filocre  
Lincoln Guimarães Hissa  
Lucas Leonardo Fonseca e Silva  
Lucas Oliveira Andrade Coelho  
Lucas Pinheiro de Oliveira Sena  
Lucas Ribeiro Carvalho  
Luciana Ananias de Assis Pires Pimenta  
Luciana Guimarães Leal Sad  
Luciana Trindade Fogaça  
Luciano Neves de Souza  
Luciano Teodoro de Souza  
Luís Gustavo Lemos Linhares  
Luísa Carneiro da Silva  
Luísa Cristina Pinto e Netto  
Luísa Pinheiro Barbosa Mello  
Luiz Eduardo Coimbra Ubaldo  
Luiz Francisco de Oliveira  
Luiz Gustavo Combat Vieira  
Luiz Henrique Novaes Zacarias  
Luiz Marcelo Cabral Tavares  
Luiz Marcelo Carvalho Campos  
Luiza Palmi Castagnino  
Lyssandro Norton Siqueira  
Maiara de Castro Andrade  
Manuela Teixeira de Assis Coelho  
Marcelino Cristelli de Oliveira  
Marcella Cristina de Oliveira Trópia Pinheiro  
Marcelo Barroso Lima Brito de Campos  
Marcelo Berutti Chaves  
Marcelo Cássio Amorim Rebouças  
Marcelo de Castro Moreira  
Marcelo Pádua Cavalcanti  
Márcio dos Santos Silva  
Marco Antônio Gonçalves Torres  
Marco Antônio Lara Rezende  
Marco Antônio Rebelo Romanelli  
Marco Otávio Martins de Sá  
Marco Túlio Caldeira Gomes  
Marco Túlio de Carvalho Rocha  
Marco Túlio Fonseca Furtado  
Marco Tulio Gonçalves Gannam  
Marconi Bastos Saldanha  
Margarida Maria Pedersoli  
Maria Antônia de Oliveira Cândido  
Maria Aparecida dos Santos  
Maria Carolina Beltrão Sampaio  
Maria Cecília Almeida Castro  
Maria Cecília Ferreira Albrecht  
Maria Clara Teles Terzis  
Maria Cristina Castro Diniz  
Maria da Consolação Lanna  
Maria Eduarda Lins Santos  
Maria Elisa de Paiva Ribeiro Souza Barquete  
Maria Letícia Séra de Oliveira Costa  
Maria Teresa Cora Hara  
Maria Teresa Lima Lanna  
Mariana Oliveira Gomes de Alcântara  
Mariana Santos de Brito Alves  
Mariane Ribeiro Bueno  
Mário Eduardo Guimarães Nepomuceno Júnior  
Mário Roberto de Jesus  
Marismar Cirino Motta  
Mateus Braga Alves Clemente  
Matheus Fernandes Figueiredo Couto  
Maurício Barbosa Gontijo  
Maurício Bhering Andrade  
Maurício Leopoldino da Fonseca  
Max Galdino Pawlowski  
Melissa de Oliveira Duarte  
Michele Rodrigues de Sousa

Mila Oliveira Grossi  
Milena Franchini Branquinho  
Miucha Ferreira M. B. R. Alcântara  
Moisés Paulo de Souza Leão  
Mônica Stella Silva Fernandes  
Nabil El Bizri  
Nadja Arantes Grecco  
Naldo Gomes Júnior  
Natália Lopes Gabriel Costa  
Natália Moreira Torres  
Nathália Daniel Domingues  
Nayra Rosa Marques  
Nilber Andrade  
Nilma Rogéria Cândido  
Nilton de Oliveira Pereira  
Nilza Aparecida Ramos Nogueira  
Núbia Neto Jardim  
Oliir Martins Benadusi  
Onofre Alves Batista Júnior  
Orlando Ferreira Barbosa  
Otávio Machado Fioravante Morais Lages  
Paloma Inaya Nicoleti da Silva  
Patrícia Campos de Castro Vêras  
Patrícia de Oliveira Leite Leopoldino  
Patrícia Martins Ribeiro Raposo  
Patrícia Mota Vilan  
Patrícia Pinheiro Martins  
Paula Abranches de Lima  
Paula Maria Rezende Vieira  
Paula Souza Carmo de Miranda  
Paulo da Gama Torres  
Paulo Daniel Sena Almeida Peixoto  
Paulo de Tarso Jacques de Carvalho  
Paulo Fernando Cardoso Dias  
Paulo Fernando Ferreira Infante Vieira  
Paulo Gabriel de Lima  
Paulo Henrique Gonçalves Pena Filho  
Paulo Henrique Sales Rocha  
Paulo Murilo Alves de Freitas  
Paulo Rabelo Neto  
Paulo Roberto Lopes Fonseca  
Paulo Sérgio de Queiroz Cassete  
Paulo Valadares Versiani Caldeira Filho  
Plínio José de Aguiar Grossi  
Priscila Vieira de Alvarenga Penna  
Rachel de Castro Moreira e Silva  
Rachel Patrícia de Carvalho Rosa  
Rachel Salgado Matos  
Rafael Assed de Castro  
Rafael Augusto Baptista Juliano  
Rafael Cascardo Lopes  
Rafael Ferreira Toledo  
Rafael Rapold Mello  
Rafael Rezende Faria  
Rafaela Resende Brasil de Castro  
Rafaella Barbosa Leão  
Ranieri Martins da Silva  
Raquel Correa da Silveira Gomes  
Raquel Guedes Medrado  
Raquel Melo Urbano de Carvalho  
Raquel Oliveira Amaral  
Raquel Pereira Perez  
Regina Lúcia da Silva  
Renata Couto Silva  
Renata Cristina Ricchini Leite  
Renata Tostes dos Santos  
Renata Viana de Lima Netto  
Renato Antônio Rodrigues Rego  
Renato de Almeida Martins  
Renato Saldanha de Aragão  
Ricardo Adriano Massara Brasileiro  
Ricardo Agra Villarim  
Ricardo Magalhães Soares  
Ricardo Milton de Barros  
Ricardo Sérgio Righi  
Ricardo Silva Viana Júnior  
Roberto Portes Ribeiro de Oliveira  
Roberto Simões Dias  
Robson Bicalho de Almeida Junior  
Robson Lucas da Silva  
Robstaine do Nascimento Costa  
Rochelle Costa Cardoso Americano  
Rodolfo Figueiredo de Faria  
Rodolpho Barreto Sampaio Júnior  
Rodrigo Maia Luz  
Rodrigo Peres de Lima Netto  
Rogério Antônio Bernachi  
Rogério Guimarães Salomé  
Rogério Moreira Pinhal  
Romeu Rossi  
Rômulo Geraldo Pereira  
Ronaldo Maurílio Cheib  
Roney de Oliveira Júnior  
Roney Luiz Torres Alves da Silva  
Rosalvo Miranda Moreno Júnior  
Rubens de Oliveira Silva  
Samuel de Faria Carvalho  
Sandro Drumond Brandão  
Sarah Pedrosa de Camargos Manna  
Saulo Dantas de Santana  
Saulo de Faria Carvalho  
Saulo de Freitas Lopes  
Sávio de Aguiar Soares  
Sérgio Adolfo Eliazar de Carvalho  
Sérgio Duarte Oliveira Castro  
Sérgio Pessoa de Paula Castro  
Sérgio Timo Alves  
Sheila Glória Simões Murta  
Shirley Daniel de Carvalho  
Silvana Coelho  
Silvério Bouzada Dias Campos  
Simone Ferreira Machado

Soraia Brito de Queiroz Gonçalves  
Tatiana Mercedo Moreira Branco  
Tatiana Sales Cúrcio  
Telma Regina Pereira Santos Rodrigues  
Tércio Leite Drummond  
Thaís Caldeira Gomes  
Thaís Saldanha Belisário  
Thereza Cristina de Castro Martins Teixeira  
Thiago Avancini Alves  
Thiago de Oliveira Soares  
Thiago de Paula Moreira Fracaro  
Thiago Diniz Mateus dos Santos  
Thiago Elias Mauad de Abreu  
Thiago José Teixeira de Assis Coelho  
Thiago Knupp Souza de Andrade  
Thiago Vasconcelos Jesus  
Tiago Anildo Pereira  
Tiago Maranduba Schröder  
Tiago Santana Nascimento  
Tuska do Val Fernandes e Figueiredo  
Valéria Duarte Costa Paiva  
Valéria Maria Campos Frois  
Valério Fortes Mesquita  
Valmir Peixoto Costa  
Vanessa Almeida Cruz  
Vanessa Ferreira do Val Domingues  
Vanessa Lopes Borba  
Vanessa Saraiva de Abreu  
Victor Hugo Versiani Nunes Lacerda  
Vitor Ramos Mangualde  
Vinicius Rodrigues Pimenta  
Wagner Mendonça Bosque  
Wallace Alves dos Santos  
Wallace Martiniano Moreira  
Walter Santos da Costa  
Wanderson Mendonça Martins  
Wendell de Moura Tonidandel

## **ADVOGADOS AUTÁRQUICOS**

Abdala Lobo Antunes  
Aloísio Alves de Melo Júnior  
Alesxandra Marota Crispim Prates  
Antônio Eustáquio Vieira  
Bernardo Werkhaizer Felipe  
Christiano de Senna Micheletti Dias  
Cíntia Rodrigues Maia Nunes  
Cláudio José Resende Fonseca  
Débora Cunha Penido de Barros  
Daniel Francisco da Silva  
Eneida Criscoulo Gabriel Bueno Silva  
Fabíola Peluci Monteiro  
Fernanda de Campos Soares  
Flávia Baião Reis Martins  
Gladys Souza de Reque  
Humberto Gomes Macedo  
João Augusto de Moraes Drummond  
Laurimar Leão Viana Filho  
Márcio Roberto de Souza Rodrigues  
Marcos Ferreira de Pádua  
Maria Beatriz Penna Misk  
Maria Estela Barbosa Figueiredo  
Reynaldo Tadeu de Andrade  
Rosália Silva Bicalho  
Simone Alves de Queiroz  
Valéria Magalhães Nogueira  
Valéria Miranda de Souza  
Wagner Lima Nascimento Silva



**ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO**

**IDENTIDADE ORGANIZACIONAL**

**NEGÓCIO**

Assessoramento jurídico, representação judicial e extrajudicial do Estado de Minas Gerais.

**MISSÃO**

Defender com êxito os direitos e legítimos interesses do Estado de Minas Gerais.

**VISÃO**

Tornar-se referência nacional em assessoramento jurídico, representação judicial e extrajudicial de entes públicos.

**PRINCIPAIS VALORES**

Justiça, Verdade, Moralidade, Ética, Interesse Público, Legalidade, Eficiência e Lealdade.



