

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

MARCELO FERNANDO BORSIO

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO

MAMEDE SAID MAIA FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Felipe Chiarello de Souza Pinto; Marcelo Fernando Borsio; Mamede Said Maia Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-403-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Administração. 3. Gestão. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI foi realizado em Brasília-DF, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Brasília, da Universidade Católica de Brasília, do Centro Universitário do Distrito Federal e do Instituto de Direito Público, no período de 19 a 21 de julho de 2017, sob a temática Direito e Desigualdades: O Papel do Direito nas Políticas Públicas.

O Grupo de Trabalho denominado Direito Administrativo e Gestão Pública I desenvolveu suas atividades no dia 21 de julho/17, no Centro Internacional de Convenções do Brasil, e contou com a apresentação de dezoito temas que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos. Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções sobre o Direito Administrativo e suas multifacetadas causas e consequências diante de parcas políticas públicas, principalmente quanto ao descaso com o erário público, seus desvios e desmandos, em sede de processos administrativos, gerando baixo ou insignificante concretude no atendimento aos anseios da sociedade por meio de políticas de governo.

Os escritos que tratam dessa instigante temática compreendem a discussão da falta de concessão de licença maternidade ou indenização às gestantes que exercem funções públicas em comissão, o que é cenário concreto de alegação de reserva do “financeiramente” possível. Traduzem, outrossim, em temas como o princípio da eficiência, regulação estatal, disponibilização de informações e racionalidade humana versus paternalismo literário, inclusive analisando sob a ótica de corrupção e outros pontos heurísticos. Ainda nessa esteira, os escritos caminham pela análise do princípio da moralidade como referencial na atividade ética da Administração Pública e pressuposto e validade de todos os atos administrativos, que devem ser éticos e morais. E corrobora outro manuscrito com as políticas públicas negligenciadas e a possibilidade de regresso do ente público perante o agente público negligente.

Tudo é questão de moral comum e moral da Administração, diz certo trabalho acadêmico. A primeira delas, contextual da vida e, a segunda, normativa constitucional. A segunda depende do agir moral da primeira em face do gestor. Sem olvidar da análise da sugestão de amplitude

do conceito de corrupção em face de uma releitura da supremacia do interesse público, pois sempre há colisão de interesses, devendo haver (e já há) nova diferença entre o interesse público e o interesse da sociedade como um todo.

Há também, nos textos apresentados, férteis discussões sobre a pretensa existência de reais pressupostos de uma Administração Pública desejável: o bem de todos, eficiência com eficácia, releitura da discricionariedade, real ideia de gestão pública, inclusive participativa. E o controle público desses gastos públicos pelos Tribunais de Contas? Texto límpido e escoreito tratou da polêmica e a ineficiência dos levantamentos dos gastos públicos pelas Cortes de Contas, pois muitos são os casos de corrupção em todas as esferas, o que demonstra que as cortes dos Legislativos não dão mais conta de seriedade e legalidade. Há falta de independência na escolha das composições, concluindo pela adoção das auditorias gerais por período limitado de nomeação.

Outra contribuição ao Grupo de Trabalho foi a análise das tomadas de conta especiais e sua atual ineficiência na recuperação de valores para as políticas públicas. Na esteira da ação de improbidade administrativa, a contribuição foi quanto à crítica da concessão de liminares para bloqueio de bens apenas com informações laterais do inquérito civil, mitigando garantias individuais com a utilização temerária do contraditório diferido na investigação, devendo haver revisitação, conclui, do conceito de improbidade administrativa, do próprio inquérito civil que colhe apenas elementos de informação, prejudicando o patrimônio de pessoas de modo cautelar, perigoso e a prolongado tempo.

As parcerias público-privadas, com uso da arbitragem, podem ser solução técnica de lides do contexto e para a busca de políticas públicas efetivas, como o caso de escolas primárias em Belo Horizonte, assentou um dos temas. Contudo, como diz outro trabalho, sendo a parceria apenas para os serviços administrativos, nunca pedagógicos e diretivos. Nas organizações civis e suas múltiplas possibilidades, como sinal de eficiência, o recurso deve ser direcionado para as atividades em consonância com as políticas públicas que estão sendo desenvolvidas.

Em se tratando de ressignificação e releituras, outra proposta foi quanto ao princípio da legalidade e o monopólio do Legislativo, pois em face da proteção das liberdades individuais, a Administração Pública pode até atuar contra legem anulando seus atos, fazendo valer a boa-fé e confiança. E porque não dizer da construção de confirmação legal para reforçar a competência da procuradoria de fazenda pública municipal para inscrever créditos tributários, controlando-os e revisando atos sob o manto da legalidade. Por fim, a tarde encerrou seus trabalhos com a exposição da responsabilidade objetiva dos notários e alteração legal para subjetiva, contrapondo-se aos comandos constitucionais.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT – Direito Administrativo e Gestão Pública I agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-Graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Prof. Doutor Mamede Said Maia Filho – Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Prof. Doutor Felipe Chiarello de Souza Pinto – Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.

Prof. Doutor Marcelo Fernando Borsio – Curso de Mestrado do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF.

O PAPEL DOS PROCURADORES MUNICIPAIS NA INSCRIÇÃO DA DÍVIDA ATIVA: SIMETRIA CONSTITUCIONAL E PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

THE ROLE OF THE MUNICIPAL PROSECUTORS IN THE ENTRY OF TAX CREDIT IN THE PUBLIC TREASURY: CONSTITUTIONAL SYMMETRY AND THE PRINCIPLE OF EFFICIENCY

Flávio Couto Bernardes ¹
Luiz Gustavo Levate ²

Resumo

Os procuradores municipais desempenham papel chave no seu contexto institucional de atuação, de maneira a perseguir os interesses do Município e, em consequência, resguardar o correto cumprimento da Lei. É nesse sentido que o presente trabalho se alicerça, por meio da demonstração de que o lançamento da dívida ativa no âmbito municipal deve ter como principais atores os procuradores municipais, que estariam em melhor posição de oportunidade cognitiva para a averiguação do controle de legalidade do ato de inscrição de créditos tributários do ente em Dívida Ativa. Por conseguinte, persegue-se a concretização dos princípios da eficiência, simetria e economicidade.

Palavras-chave: Inscrição em dívida ativa, Competência, Município, Simetria, Princípio da eficiência

Abstract/Resumen/Résumé

The municipal prosecutors play a key role in the persecution of the interests of the municipality, thus safeguarding the compliance of the law. The present work bases itself on this premise, demonstrating that the entry of delinquent taxpayers in the municipal scope should be done at best by the municipal prosecutors, who have a more adequate position of cognitive opportunity to inquire about the legality control of the entry of tax credits in the public treasury. Therefore, their deeds bring about the principles of efficiency, symmetry and economy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Entry of delinquent taxpayers, Competence, Municipality, Symmetry, Principle of efficiency

¹ Graduado em Direito, Mestre e Doutor em Direito Tributário pela UFMG. Professor Adjunto de Direito Tributário e Financeiro da UFMG. Professor no Programa de Mestrado e Doutorado PUC-MG.

² Graduado em Direito pela UFJF. Mestre (Dom Helder) e Doutor (PUC-RIO) em Direito ambiental e Constitucional, respectivamente. Professor adjunto de Direito Constitucional na Faculdade Dom Hélder Câmara.

1. INTRODUÇÃO

O papel institucional da Procuradoria Municipal se desvela por meio dos mecanismos legais impendidos a esse órgão para a defesa dos interesses dos Municípios. A Advocacia Pública tem a finalidade de zelar pela coisa pública e pela efetivação e aprofundamento dos inúmeros princípios constitucionais que permeiam a atividade dos agentes públicos, mormente a garantia do devido processo legal, e seus consectários, perante a atividade judicante dos Tribunais.

Nesse sentido, as procuradorias fazendárias municipais seriam o órgão naturalmente competente para garantir que a inscrição em dívida ativa de créditos fazendários dos contribuintes seja feita de maneira técnica, obedecendo aos requisitos formais da legalidade.

Para embasar a argumentação, lançou-se mão de interpretação teleológica-sistemática do ordenamento jurídico e, além disso, estabeleceram-se as balizas jurisprudenciais e doutrinárias que sustentam os pontos enunciados que passam a ser apresentados.

2. DOS PRINCÍPIOS CONCERNENTES AO FEDERALISMO

2.1. DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA

Sempre revisitado e repisado nos litígios envolvendo a estrutura do federalismo brasileiro, o princípio da simetria fora bem definido pela Ministra Carmen Lúcia em voto na ADIn n. 3.549-5/GO, de sua relatoria, veja-se: “revelado por meio da obrigatoriedade de reprodução nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas municipais das características dominantes no modelo federal. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2007)”

Na diretriz estabelecida pela Constituição da República de 1988, vige a forma de Estado definida como “Federalismo de três níveis”: União, Estados e Municípios, unidades autônomas da Federação. Sob a óptica simétrica, é fundamental que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotem os princípios fundamentais e regras de organização versados na CR-88, que, em sua maioria, dizem respeito à União.

Dessa maneira, o princípio da simetria, deve ser observado sobretudo sob a óptica do Federalismo inserido no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito. O Professor Léo Ferreira Leony, em visão crítica sobre o princípio da simetria, afirma que:

Se toda essa leitura estiver correta, então não há como fugir da constatação de que o STF, nos casos em que costuma invocar o “princípio da simetria”, está essencialmente aceitando enfrentar uma série de *questões federativas sem solução constitucional evidente*. Federativas, porque envolvem a restrição da autonomia estadual, o que por si só já empresta índole constitucional a essas questões, na

medida em que o regime de imposição de limites àquela autonomia constitui matéria sob reserva de Constituição (art. 18, CF). Por outro lado, dada a sua natureza constitucional, tais questões devem ser resolvidas nos quadrantes da Constituição Federal. Não obstante, e conforme já foi visto, o texto constitucional em muitos aspectos é lacunoso, pois não apresenta uma solução evidente para todos os casos a ele reportados, seja porque *não* lhes oferece uma norma-regra (*lacuna jurídica*), seja porque *somente* lhes oferece uma norma-princípio (*lacuna de indeterminação*). Em ambas as situações, se a Corte não quiser fugir ao seu dever de solucionar questões constitucionais envolvendo conflitos entre atores estaduais (Executivo *x* Legislativo, maioria *x* minoria, etc.), então deverá dar efetiva solução a tais questões, ou seja, deverá *criar* regras constitucionais que ainda não existem (alguns falarão em “revelar” regras constitucionais implícitas), mesmo que para isso tenha que derivá-las de princípios constitucionais indeterminados (LEONCY, 2012)

Estabelecer o delineamento e conteúdo do princípio da simetria nessa zona de indeterminabilidade constitucional, cujos contornos se revelam pela omissão normativa propriamente dita, ou, por outro lado, pelo caráter genérico dos espectros normativos de delineamento institucional, é tarefa de grande envergadura.

Em primeiro lugar, sobressalta-se o fato de que o desenho institucional de dado país, principalmente a delimitação dos contornos, limites, alcance e profundidade do pacto, são temas materialmente constitucionais, não havendo possibilidade de figurar em outro ângulo do sistema jurídico.

Em segundo lugar, o princípio implícito da simetria nos oferece a possibilidade de harmonizar os institutos jurídicos de consenso mínimo para a edificação do Estado, a serem levados em consideração por todos os entes federados, a revelar a ideia de organicidade e coerência da federação e de suas instituições. Ao fim e ao cabo, sobressai a questão da segurança jurídica e da competência interinstitucional entre os atores que compõem a administração pública.

Assim, depreende-se que o conjunto organizacional empregado em órgão federal e estadual, por consequência, deveria ser aplicado também aos municípios, uma vez que são unidades federativas autônomas, mas, ao mesmo tempo, reflexo atomístico da ordenação sistêmica da federação quando tomada em sua completude. Nessa lógica, José Afonso da Silva apresenta a seguinte definição da autonomia:

A autonomia, que a Constituição de 1988 outorga ao Município, contém uma qualificação especial que lhe dá um conteúdo político de extrema importância para a definição de seu status na organização do Estado brasileiro, inteiramente desconhecido do regime anterior. Antes, o reconhecimento da autonomia municipal tinha um sentido remissivo. Quer dizer, a Constituição remetia aos Estados o poder de criar e organizar seus Municípios. O dito sentido remissivo consistia em determinar aos Estados que, ao organizarem seus Municípios, lhes assegurassem a autonomia, mas apenas quanto às capacidades de autoadministração, autolegislação e autogoverno. Ao fazê-lo, os Estados haviam de respeitar a autonomia assegurada na Constituição Federal em termos genéricos relativos ao peculiar interesse local (SILVA, J. A., 2012, 641).

Todavia, a autonomia municipal encontra limites constitucionais em uma série de questões que visam harmonizar a estrutura administrativa e legislativa da Federação. Dentre os tópicos pertinentes ao princípio da simetria, cabe esclarecer que a Constituição Federal de 1988 delimita de maneira precisa a competência legislativa e de regulação geral das competências administrativas de cada um dos entes federativos.

Por essa razão, o art. 24 da Constituição Federal de 1988 estabelece que compete concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, legislar sobre direito tributário e, por interpretação sistemática, matérias atinentes às competências administrativas conexas à procedimentos processuais administrativos em matéria tributária. Nesse aspecto, observa-se que a competência dos municípios em legislar sobre essas hipóteses ficou extremamente limitada, e, em certos casos, foi extirpada, uma vez que a competência legislativa municipal, nos termos do art. 30 da CF/88, é adstrita a temas de interesse local.

No âmbito da União, foi editada a Lei n. 6.830/1980 (BRASIL, 1980), cujas normas possuem natureza jurídica híbrida, ao versar sobre direito processual, direito material e procedimentos administrativos na seara tributária. Dentro dessa lógica, a União, no exercício de sua competência constitucional acabou por regular a matéria sobre procedimentos administrativos e processuais de forma geral, restringindo a zona de atuação dos entes estaduais e distrital, e, ainda mais, praticamente vinculou a questão em relação aos Municípios.

O parágrafo 4º, do art. 2, da Lei n. 6.830/1980 (BRASIL, 1980) estabelece a competência da Procuradoria da Fazenda Nacional para a apuração e inscrição da Dívida Ativa da União, órgão que compõe a Advocacia Pública (Advocacia Geral da União), conforme o disposto no art. 12, I, da LC nº 73/93 (BRASIL, 1993):

Art. 12 - À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda, compete especialmente:

I - apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União de natureza tributária, inscrevendo-a para fins de cobrança, amigável ou judicial;

Por sua vez, a Constituição da República de 1988 estatui em seu art. 131, 3º (BRASIL, 1988), que a execução de dívida de natureza tributária compete à Procuradoria da Fazenda Nacional.

Observa-se, pela análise sistemática e teleológica dos dispositivos supramencionados que a função da Advocacia Pública, seja da Advocacia Geral da União, da Procuradoria dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios, é salvaguardar os interesses dos entes federativos

correlatos à constituição da Dívida ativa e, conseqüentemente, á instrumentalização da execução desta.

A simetria constitucional a ser resguardada reside na fixação de normas gerais pela União e matéria Tributária e Administrativo-tributária, de modo que a densificação do ordenamento jurídico pelos demais entes federativos está adstrita às diretrizes elencadas por essas normas gerais.

O fato de se delegar a função de lançamento da dívida ativa da Fazenda Pública para a Advocacia Pública em nível federal, por meio da Lei de Execução Fiscal, tem como finalidade precípua a salvaguarda dos interesses financeiros da União, tendo em vista a aptidão desses profissionais para avaliar a legalidade dos lançamentos e, acima de tudo, a conveniência e risco processuais, o que foge à alçada dos técnicos tributários que compõem a administração fazendária, em que pese o grande conhecimento destes profissionais.

Por essa razão, a fixação de normas gerais de direito tributário pela União acaba vinculando, por simetria constitucional, a produção legislativa infraconstitucional dos entes federativos de menor envergadura, como os Municípios. Exatamente por isso, há que se falar em simetria reflexa em nível infraconstitucional, a partir do que dispõe o art. 24, parágrafos 1^a e 2^o da Constituição Federal de 1988.

Por esse viés de análise, tem-se que normas que estabelecem competência processual e administrativa de órgãos públicos em nível federal para a feitura de determinados procedimentos administrativos e como legitimados processuais para representação dos entes federativos devem seguir a organicidade finalística dos preceitos estabelecidos pelos entes maiores, com o intuito eminente de proteger a coerência desses órgãos e instituições.

Nesse último aspecto, é importante dar relevo ao fato de que o controle de legalidade feito pelas Procuradorias no momento de lançamento do crédito tributário em dívida ativa tem como objetivo precípua salvaguardar os interesses dos administrados – contribuintes – e da Administração Pública, a partir do momento em que somente se iniciará a cobrança quando todos os requisitos formais para o aperfeiçoamento da inscrição em dívida ativa estejam presentes no caso. Conforme se verá, isso contribui para a mitigação de resultados processuais deletérios para a Administração, como os casos de desistência da execução fiscal por inexistência do débito, que gerará sucumbência da Fazenda Pública por eventual prática desidiosa de agentes públicos. Ademais, observa a simetria constitucional ao seguir os modelos que já vêm sendo adotados pela União e diversos Estados da Federação brasileira.

Em razão do princípio da simetria, portanto, torna-se necessário modificar a competência para a inscrição em dívida ativa de débitos tributários dos contribuintes em relação aos Municípios, uma vez que a delimitação de competência legislativa e funcional em nível constitucional e infraconstitucional vincula os demais entes federativos.

2.2. DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Suscintamente, este princípio prega a descentralização do Estado, concebendo e potencializando a eficácia das medidas governamentais dirigidas aos cidadãos. Por esse raciocínio, as estruturas federais menores possuem maior capilaridade político-normativa para a realização das finalidades do ordenamento jurídico, de modo que a autonomização dos entes municipais por meio da maior capacidade de gestão de suas competências constitucionais revelaria a pujança da ideia de federalismo cooperativo. Para a doutrina pátria o federalismo se consubstancia no emprego do princípio da subsidiariedade.

Além disso, a especificação das competências administrativas comuns permitiu a desconcentração das funções constitucionais inerentes a todos os entes federados. Igualmente se faz presente nas competências concorrentes, em que as regras gerais são ditadas pela União, mas a complementação legislativa e respectiva execução ficam sob a responsabilidade do Estado, acrescentada pela competência local atribuída no artigo 30 da CF/88 aos Municípios.

Por esse argumento deve ser considerada ainda a essência comunitária do princípio da subsidiariedade, antes de se pensar em descentralização e redistribuição de competências. Destaca-se o posicionamento do então Ministro Rui Barbosa no Supremo Tribunal Federal, na defesa da autonomia dos Municípios baianos que se deu detalhado por Vitor Nunes Leal em:

Vida que não é própria, vida que seja de empréstimo, vida que não for livre, não é vida. Viver do alheio, viver por outrem, viver sujeito à ação estranha, não se chama viver, senão fermentar e apodrecer. A Bahia não vive, porque não tem municípios. Não são municípios os municípios baianos, porque não gozam de autonomia. Não logram autonomia, porque não têm administração, porque é o Governo do Estado quem os administra, nomeando-lhes os administradores. (BARBOSA, Apud LEAL, 2012, p.74).

O princípio da subsidiariedade, em verdade, vem para complementar e delimitar o alcance do princípio da simetria em razão de competências legislativas e administrativas, para que não haja enrijecimento das funções desempenhadas pelos entes federativos. Conforme defendido no tópico anterior, as regras de competência de órgãos de Advocacia Pública, a exemplo da Procuradoria Municipal, devem ser lidas à luz das normas gerais produzidas pela União com espeque na Constituição. Entretanto, essa restrição da simetria, no caso concreto,

tem como resultado prático a potencialização da autonomia financeira do Município, tendo em vista a posição estratégica desse órgão para a execução fiscal de débitos tributários.

Isso porque a maior especialização dos profissionais que ingressam na carreira da Advocacia Pública acaba por otimizar os resultados processuais benéficos aos cofres públicos do ente administrativo, a mitigar possíveis efeitos deletérios advindos de erros formais que possam causar sucumbência da Administração Pública por desídia ou inaptidão técnica de avaliação dos servidores que atualmente exercem tal desiderato.

3. DOS PRINCÍPIOS INERENTES AO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Nessa oportunidade serão elencados os princípios inerentes ao Devido Processo Administrativo inscritos na ordem constitucional de 1988. A partir dessa análise serão tecidas considerações acerca da maior aptidão da Advocacia Pública, em especial da Procuradoria Municipal, em levar a cabo um importante instrumento de propulsão do processo administrativo tributário: o lançamento da dívida ativa de créditos tributários da Fazenda Pública não adimplidos pelo contribuinte.

Considerando o Processo Administrativo como expressão constante das atividades da Administração Pública, tem-se a realidade e a importância do procedimento administrativo e dos princípios a ele inerentes, motivo pelo qual, adequado delineá-los brevemente. Ensina o Professor Ricardo Lobo Torres que:

“O processo administrativo tributário participa da atividade de autotutela da legalidade exercida pela própria Administração, isto é, tem por finalidade o controle da legalidade e da legitimidade do lançamento levado a efeito pelas autoridades administrativas. Alguns autores preferem caracterizá-lo como simples procedimento, por não revestir as características de definitividade na composição do litígio, tendo em vista ser a Administração simultaneamente juiz e parte interessada. Há certo exagero formalista na tese e a legislação e a jurisprudência brasileira vêm utilizando a expressão “processo administrativo tributário”, fundadas na consideração de que a Administração pratica atos materialmente jurisdicionais (TORRES, 2013, 343).

3.1. DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal, indubitavelmente, é característica primordial do procedimento administrativo, entendido como o conjunto ordenado de atos administrativos, cuja sequência encontra previsão legislativa, destinados à realização da finalidade prevista na própria norma jurídica. A escoreita ordem dos atos traduz-se no único meio legal e eficaz de se atingir validamente a finalidade proposta.

A origem do devido processo legal é inerente ao próprio Estado de Direito, assim como aos corolários da legalidade e da segurança jurídica. O devido processo administrativo insere-se na aptidão da Administração Pública em lançar mão de mecanismos que possam

restringir direitos fundamentais dos administrados, tais como a propriedade, o direito de manifestação e de exercício de atividades econômicas, conforme regras pré-estabelecidas, e cujo fundamento de validade se remete à Constituição.

No exercício dessa função, sobressai a figura dos agentes que dão propulsão ao processo administrativo, mormente no que diz respeito ao lançamento da dívida ativa em matéria tributária, que deve ser feita de modo parcimonioso, criterioso e técnico. Como destaca James Marins, o princípio em análise, partindo-se de uma análise substancial, encampa a ideia de controle da legalidade, pois:

Em sua vertente substantiva, a cláusula do devido processo legal incorpora garantias de direito material, como, no Direito Tributário por exemplo, aquelas concernentes aos princípios em sentido amplo da legalidade, da isonomia, da capacidade contributiva, da irretroatividade, do não confisco etc. (MARINS, 2014, 184-185).

O exercício dessa função tem como fundamento o cumprimento dos desígnios constitucionais em matéria tributária, pois, a bem da verdade, tem-se o objetivo de arrecadar recursos para que a Administração possa desempenhar suas atribuições fixadas no ordenamento.

Em razão da necessidade de otimizar os resultados do processo administrativo tributário, é de se dar relevo ao importante papel desempenhado pela Advocacia Pública nessa seara. Os procuradores ou advogados públicos são competentes para a averiguação dos pressupostos formais de aperfeiçoamento da dívida ativa, de modo que sua atuação potencializa a proteção do devido processo legal para o administrado.

Isso se dá porquanto a atividade desempenhada pelos Procuradores Públicos se insere na persecução da arrecadação tributária em face dos particulares. Todavia, os instrumentos lançados pela Administração Pública para tal são vinculados, devendo ser desempenhados à luz do princípio da legalidade. Os Procuradores Públicos, nesse sentido, desempenham a função de otimizar e averiguar a real possibilidade e probabilidade de que o intento fiscal do ente Administrativo se dê de maneira precisa e menos onerosa aos cofres públicos.

A maior aptidão para resolver aspectos formais do lançamento do débito tributário em dívida ativa traz maior segurança jurídica para o administrado, que terá maior garantia de que está sendo devidamente cobrado pela administração e, do mesmo modo, para a Administração Pública, que atenua as margens de erros processuais e potenciais efeitos de sucumbência para os cofres públicos. Por isso, o devido processo administrativo se constitui

como verdadeiro instrumento de controle, a potencializar direitos e garantias fundamentais do Administrado e a eficiência e economicidade da máquina pública.

3.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A legalidade é definida como expressão maior da segurança jurídica e do devido processo legal. Por meio desse princípio se desenvolve a relação jurídica tributária, tanto instrumental como sancionador. A Carta Magna vigente trata, de forma genérica, do princípio da legalidade no art. 5º, II, e, de forma específica, no art. 150, I, no que tange à área tributária.

O princípio em questão, quando analisado sob a luz do paradigma constitucional adotado pela Constituição de 1988, qual seja, o de Estado Democrático de Direito, traz à tona importantes instrumentos de contenção da força coercitiva estatal, principalmente no que diz respeito à exigibilidade de tributos em face dos agentes privados. Dentre estes se destacam a anterioridade tributária, a irretroatividade e, em casos específicos, a noventena.

A legalidade e seus princípios setoriais constituem-se como verdadeiras cláusulas ou postulados de Direitos e Garantias Fundamentais presentes na Constituição, conforme inúmeras vezes corroborado pela jurisprudência do STF, conforme Recurso Extraordinário 278332/2002 (BRASIL, STF, 2002).

No caso em questão, a defesa da competência da Procuradoria Municipal para o lançamento do Crédito Tributário em dívida ativa tem como base a preocupação de preservação dos contornos dados pelo princípio da legalidade. Esse raciocínio encontra respaldo legal na Lei Complementar n. 73/1993, em seu art. 12, cuja dicção comanda:

Art. 12 - À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda, compete especialmente:

I - apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União de natureza tributária, inscrevendo-a para fins de cobrança, amigável ou judicial;

Ao apurar a certeza e a liquidez da dívida ativa de natureza do ente federativo, a Advocacia Pública realiza verdadeiro controle de legalidade dos atos administrativos tecidos anteriormente nos procedimentos de lançamento do crédito ou de resultados advindos de eventuais impugnações desse lançamento por parte do contribuinte, sempre em relação a questões formais.

O exercício do controle de legalidade tem como finalidade primeira a defesa dos interesses da Administração em ver que seus créditos a serem cobrados são líquidos, conforme determinações estabelecidas na legislação tributária, por exemplo, em razão da consonância entre os fatos geradores e a exata incidência das alíquotas ao fato. Outrossim, em

razão à retificação de grosseiros erros materiais de cálculo ou identificação que eventualmente possam ocorrer, oportunidade a qual a Advocacia Pública remeterá o documento ao órgão competente para realizar a correção.

A certeza da dívida ativa em relação à real possibilidade de que a realização da cobrança dos créditos e o lançamento destes em dívida ativa possuam resultado útil favorável à Administração Pública, como no caso de saber sobre a configuração de prescrição ou decadência, ou, até mesmo, verificar se o tributo realmente é devido pelo contribuinte em seus aspectos formais, como no caso de este já ter empreendido o pagamento da exação.

Logo, é claro que a efetivação do princípio da simetria em frente aos agentes e órgãos com competência para fazer a inscrição da Dívida Ativa em nível Municipal tem como consequência o adensamento do princípio da Legalidade e, por via de consequência, da segurança jurídica para ambas as partes da relação jurídica obrigacional.

3.3. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Erigidos à condição de genuínas cláusulas pétreas da Constituição Federal, cujo preceito normativo é estampado no art. 5º LV, deste diploma, no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, os princípios da ampla e defesa e do contraditório informam a ordem normativo-processual brasileira, em especial no que diz respeito ao processo administrativo tributário.

A realização da inscrição de créditos tributários do ente administrativo em Dívida Ativa nada mais é que um dos procedimentos que dão azo à instauração de processo administrativo com finalidade específica: a obtenção do bem da vida patrimonial do particular pela Administração Pública.

É desse ponto de partida que se abre oportunidade para que os agentes integrantes da relação obrigacional tributária possam exercer essas garantias de maneira plena. A possibilidade de lançar mão de todos os meios de provas admitidos em lei cristaliza o preceito mínimo da garantia da ampla defesa.

Por sua vez, o contraditório é efetivado por meio da ideia de controle jurisdicional ou administrativo de atos dos agentes públicos no curso de um processo. Isso é, o contraditório elenca as condições de procedibilidade para controle de atos estatais e, ao mesmo tempo, aumenta a permeabilidade do processo em relação à interação argumentativa das partes, de modo que estas possuem iguais oportunidades de influenciar o resultado útil e final do processo.

O exercício do contraditório e da ampla defesa certamente é potencializado quando o ponto propulsor do procedimento administrativo ou, em último caso, judicial, tem a possibilidade de averiguar a estruturação formal da obrigação jurídica que ocasionará o início do litígio. Essa diligência, que a bem do princípio da simetria deve ser feita pelos Advogados Públicos, tem o condão de potencializar o exercício da ampla defesa e dos efeitos do contraditório por parte da Administração Pública, uma vez que agirá com maior segurança jurídica e certeza acerca daquilo que estará em jogo na discussão da pretensão resistida.

Em termos práticos, o exercício das garantias em comento será realçado e clarificado na medida em que a atuação do Procurador Municipal no lançamento da Dívida Ativa passa de uma condição de procedibilidade passiva – somente recebe a prova que evidencia a existência de um direito subjetivo por parte da Administração Pública – para uma situação de procedibilidade ativa, de influência na otimização do resultado útil processual.

O realce dessa questão é importante quando da análise da influência dessa configuração institucional de competências em face dos princípios da economicidade e eficiência, que são a pedra de torque para a tese de que a competência para a inscrição em dívida ativa é privativa dos membros da Advocacia Pública, quais sejam os membros da Procuradoria Municipal.

4. DA COMPETÊNCIA DA PROCURADORIA MUNICIPAL PARA O CONTROLE DA LEGALIDADE DA DÍVIDA ATIVA

Carlos Valder do Nascimento aduz que “a inscrição que se caracteriza como ato constitutivo da dívida ativa fazendária, redundando no nascimento do título executivo extrajudicial, apto como título obrigatório para cobrança mediante execução fiscal, tendo em vista a sua presença de certeza e liquidez” (NASCIMENTO, 1988, 52).

Dentro da sistemática normativa brasileira, a Lei de Execuções Fiscais estabelece as diretrizes gerais para que a exação tributária possa ser perseguida em caso de oposição ou inércia por parte do contribuinte. O art. 2º, parágrafos 3º e 4º estabelece o seguinte:

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. (...)

§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

§ 4º - A Dívida Ativa da União será apurada e inscrita na Procuradoria da Fazenda Nacional (BRASIL, 1980)¹.

Extrai-se da dicção do §3º que a inscrição do crédito de natureza tributária é verdadeiro ato de controle administrativo da legalidade. Nesse momento, o órgão ou agente competente para a sua realização alinhavará as hipóteses legais contidas na legislação tributária e extrairá a validade dos atos predecessores para que, então, possa inscrever e constituir a Dívida Ativa do ente.

É de se observar, por essencial, que esse controle, no entanto, não se confunde com o controle de mérito, menos ainda pode ser considerado uma espécie de tutela por parte dos Advogados Públicos, ou com a avaliação da conveniência ou oportunidade, nem no sentido de vigilância “*strictu sensu*”. O controle cinge-se aos aspectos formais.

Sobre o controle da legalidade que antecede o procedimento administrativo não litigioso de inscrição da dívida ativa da União, após o lançamento definitivo do crédito, ou seja, depois do controle exercido após o encerramento da fase contenciosa do processo administrativo fiscal, esclarece Leon Szklarowsky (1984, 67-69), *in verbis*:

A Lei nº 6.830, no § 3º, do artigo 2º, apenas explicita o que o advogado da Fazenda – o Procurador – vem fazendo, secularmente, ou seja, o exame da parte formal, como aliás o faz o advogado, ao examinar um título extrajudicial privado ou um documento que lhe é apresentado, para fundamentar a execução, como atribuição das mais legítimas e essenciais do profissional do direito, *in casu*, do advogado, isto é, verifica se está conforme aos requisitos legais. O advogado não se estará travestindo na função do juiz, pois não lhe cabe cuidar do mérito ou da essência do ato, como não compete ao procurador a revisão ou a anulação do lançamento ou do crédito fazendário, sob pena de estar vestindo a roupagem do Poder Judiciário ou do julgador administrativo, com a conquista de um superpoder, não desejado pelo legislador, mas pode e deve aconselhar. (...). Destarte, não vingam as ideias extremadas sobre a natureza da inscrição e do controle da legalidade exercido pelo Procurador. (...) O controle da legalidade assinalado pela lei, cimentado pela doutrina, é corolário do princípio da legalidade, já o dissemos. (SZKLAROWSKY· 1984, 67-69)².

¹ Lei nº 4.320/64 dispõe que “Art. 39 (...) §5º – A Dívida Ativa da União será apurada e inscrita na Procuradoria da Fazenda Nacional”. Verifica-se que a LEF transcreveu o texto da lei 4320/64.

² O parecerista continua sua explicação explicitando o que disse acima: “Certifica-o o ex-procurador-geral da Fazenda Nacional, Edmilson Arraes, ao apreciar a competência das Procuradorias da Fazenda Nacional à vista da antiga Lei 2.642 (atualmente, o Decreto-lei 147, de 1967) e conjuga-se com a Lei de Execução Fiscal. Seu pronunciamento, de notável atualidade, deixa patente que o exame daquele órgão se restringe ao aspecto formal do processo, dando lugar ao seu eventual retorno à repartição de origem, para sanar as irregularidades de natureza extrínseca, porquanto, do contrário, estaria o legislador criando instância intermediária para reexame das próprias questões discutidas no processo, desde que, para inscrição, já chegaram os processos findos e julgados administrativamente, competindo aquela reapreciação aos órgãos com funções quase judiciais que são os Conselhos de Contribuintes. Se assim não fosse, estar-se-ia fulminando todo o sistema das instâncias ministeriais de julgamento dos recursos fiscais, o que não se modificou através dos tempos, dentro de nossa estrutura administrativa. (...) O controle exercido pelo Procurador, ao mandar inscrever o crédito fazendário, como dívida ativa, não é controle hierárquico, isto é, de órgão superior ao inferior, ou de julgamentos de recursos (controle hierárquico impróprio). Não se confunde, porém, com o controle de mérito, nem este controle de legalidade pode ser tomado no sentido de tutela, que é o exame da conveniência ou oportunidade, nem no

Assim, em virtude da legislação vigente e diante dos ensinamentos supra, a previsão legal do controle de legalidade, com vistas à inscrição do crédito na dívida ativa, restringe-se ao aspecto formal (verificação do nome do sujeito passivo, ou, se for o caso, nomes dos corresponsáveis, número de CPF ou CGC, endereço, o valor do respectivo débito, verificação se houve ou não o pagamento do débito, se o contribuinte foi devidamente notificado para exercer o direito à ampla defesa, etc.), podendo, nesses casos, não inscrever o crédito, dando lugar ao retorno do processo ou expediente ao órgão competente, para as devidas retificações.

Nesse caso, não se trata de dar poderes especiais ao Procurador da Fazenda para que adentre o mérito da questão e exerça controle hierárquico ou avalie o lançamento definitivo do crédito fiscal naquilo que compete à administração fazendária. Trata-se, com efeito, de avaliação formal do lançamento definitivo do crédito tributário, com base em parâmetros que avaliam a possibilidade de óbices processuais para a Administração Pública, com conseqüentes efeitos danosos ao Erário.

Há que se salientar que todos os atos administrativos aptos a influírem na atividade de cobrança de tributos devem se dar no influxo dos princípios constitucionais, em especial, da legalidade (CF, art. 37, caput, c/c o art. 150, I), moralidade e eficiência administrativa (CF, art. 37, caput), da economicidade (CF, art. 70, caput), e da razoabilidade (CF, art. 5º, LIV), não inscrever, de logo, o crédito, e submeter sua ponderação ou conselho, para deliberação da autoridade competente³.

Nos Estados federativos e na União a dívida ativa costuma ser inscrita por sua respectiva Procuradoria, após a revisão de legalidade dos atos praticados no procedimento administrativo até aquele momento, ou seja, mediante a verificação da regularidade da formalização do crédito tributário e da observância do devido processo legal.

Certamente que este é o procedimento mais adequado, uma vez que a concentração deste controle no órgão responsável pela formalização do crédito tributário possibilita, com maior probabilidade, o cometimento de equívocos de interpretação da legislação tributária, o que vem prejudicando a execução fiscal em nível municipal, de competência obrigatória das Procuradorias e advocacias gerais, no caso dos outros entes federativos.

sentido de vigilância, *stricto sensu*, pois, então, estar-se-ia permitindo àquela autoridade a declaração de nulidade ou decretação de anulabilidade, pelos órgãos controladores de atos dos órgãos controlados. O controle deve exercer-se, dentro da competência que lhe é própria, sem ultrapassar os lindes traçados pela lei.” (grifos nossos).

³ A este propósito, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 6.737 (DJ 13/5/2002, p. 143), reconheceu o direito de a Fazenda Pública rever suas decisões (Súmula nº 473 do STF) e a possibilidade de revisão hierárquica por parte do Ministro da Fazenda, quando constatada ilegalidade com desvios éticos de agentes da Administração.

Pois bem. O parágrafo 4º do artigo 2º da LEF (BRASIL, 1980) dispõe sobre o órgão competente para apurar e inscrever a dívida ativa da União, qual seja, a Procuradoria da Fazenda Nacional. Hoje a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional é órgão da Advocacia-Geral da União, conforme já esposado, sendo regulado pela Constituição Federal, art. 131, §3º, e pela Lei Complementar n. 73/93, incumbido, além das funções *supra*, de realizar a cobrança judicial dos créditos tributários da Fazenda Nacional.

Os créditos fiscais poderão, conforme legislação própria, ser cobrados por outros órgãos da advocacia pública,⁴ a exemplo dos créditos do INSS, que são inscritos e cobrados por sua própria autarquia, a qual é integrante da Advocacia-Geral da União (AGU). Nessa linha de argumentação, na esfera da União os advogados públicos estão agrupados em torno da Advocacia Geral da União, conforme dicção do art. 131 da CF, sendo que as suas atribuições em matéria tributária são desempenhadas pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional que integra a estrutura da AGU, conforme delineamento legal realizado pela Lei Complementar n. 73/93. Nas esferas estadual e municipal normalmente os advogados públicos recebem a denominação de procuradores, que integram órgão denominado de “Procuradoria Geral”, estruturado em termos de carreira a que aludem os § 1º e 2º, do art. 39 da CF, para efeito de fixação de padrões de vencimentos e de promoção, respectivamente (HARADA, 2013)⁵.

Torna-se claro que diante da ausência de regulamentação legal quanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, pelo princípio da simetria, já exposto alhures, a dívida ativa será inscrita pelas respectivas Procuradorias, observando-se ainda a disposição constitucional do art. 132, de que cabe à advocacia pública a sua representação judicial, e a consequente cobrança em juízo de sua dívida ativa. Tal fato é importante, pois só o Procurador Municipal terá condições de fazer o controle formal de legalidade à vista dos princípios constitucionais da legalidade (CF, art. 37, caput, c/c o art. 150, I), moralidade e

⁴ (BRASIL, 1993) Lei Complementar nº 73/93, “Art. 17 – Aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas compete: I – a sua representação judicial e extrajudicial; (...) III – a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, *inscrevendo-os em dívida ativa*, para fins de cobrança amigável ou judicial”.

⁵ Na esteira do autor, pode-se colocar que a previsão legal do controle de legalidade, com vistas à inscrição do crédito na dívida ativa, restringe-se ao aspecto formal, podendo, nesses casos, não inscrever o crédito, dando lugar ao retorno do processo ou expediente ao órgão competente, para as devidas retificações, não dando ao Procurador da Fazenda competência para, adentrando o mérito, possa exercer o controle hierárquico ou realizar julgamento relativo ao lançamento definitivo do crédito fiscal, não podendo, ele mesmo, nulificar ou anular tal ato de lançamento, admitindo-se, no máximo, constatada, nessa ocasião, alguma inconsistência capaz de causar graves prejuízos financeiros ao Erário.

eficiência administrativa (CF, art. 37, caput), não inscrever, de logo, o crédito, e submeter sua ponderação ou conselho, para deliberação da autoridade competente.

Nesse sentido, o conjunto de atos administrativos em que se revela o controle da legalidade atinge a sua culminância com o assentamento da dívida tributária, por ser este o último momento de que dispõe a Administração para rever a legalidade dos seus atos. Este ato, no caso em apreço, deve ser efetivado pela procuradoria dos municípios, já que somente esta tem o poder de exercer o controle sobre o lançamento tributário, competência que se encontra, inclusive, expressamente prevista na Lei n. 6.830/80, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Nacional.

Dessa forma, a atribuição para se inscrever um débito em dívida ativa será do órgão pertencente ao ente federativo titular da competência tributária para exigir o tributo. Na esfera federal, tem-se a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional⁶, órgão do Ministério da Fazenda. Nas esferas estaduais e municipais, as respectivas procuradorias judiciais.

Ao fim e ao cabo, impende comentar que nas execuções fiscais, ultimamente, ante a existência de equívocos na inscrição do crédito tributário, diversas vêm sendo extintas ou canceladas, ocasionando a sucumbência da municipalidade, de forma que, além de haverem gastos processuais no âmbito da PGM, ainda restam honorários a serem arcados pelo Município. Isso porque os embargos à execução opostos pela parte executada também são extintos, sendo que a causa da oposição destes é a inscrição indevida do crédito.

Desta forma, a jurisprudência vem sendo rígida ao aplicar o princípio da causalidade, na medida em que a parte que deu causa ao ajuizamento do feito é responsável pelos ônus da sucumbência. No âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assim se decidiu:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - EMBARGOS Á EXECUÇÃO FISCAL - CANCELAMENTO DO DÉBITO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - REDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DESPROVIDO. - No executivo fiscal, sendo cancelada a inscrição da dívida ativa, e já tendo ocorrido a citação do devedor, havendo, inclusive, oposição de embargos, a extinção do feito em razão do cancelamento do débito implica em condenação da Fazenda Pública ao pagamento dos ônus sucumbenciais. - Não há como falar em redução de honorários advocatícios, quando se constata que o valor fixado é razoável e está de

⁶ BRASIL, STJ, 2012. Segundo o STJ: “Ao Procurador da Fazenda Nacional, membro integrante da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, compete, privativamente, apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União, tributária ou não tributária, mandar inscrevê-la para fins de cobrança, amigável ou judicial e, após a Constituição Federal de 1988, representar judicialmente a União na cobrança dos créditos de qualquer natureza inscritos em Dívida Ativa da União. Legislação aplicável: arts. 1º, II e 15, II, do Decreto-Lei n. 147/67; art. 2º, §4º, da Lei n. 6.830/80; art. 131, §3º, da CF/88; art. 12, I e II, Lei Complementar n. 73/93; e art. 23, da Lei n. 11.457/2007. Precedentes: REsp. n. 1.022.746/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 19.08.2008; REsp. n. 658.779/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14.06.2005; Edcl no REsp. n. 1.022.746/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.11.2008.

acordo com o disposto no artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil (BRASIL, TJMG, 2015).

5. DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI Nº. 13.105/2015) E OS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – REFLEXOS DO CONTROLE FORMAL PELA PROCURADORIA MUNICIPAL

O Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015), em vigor a partir de 2016, advém de anseios por mudanças do regime pretérito de regulação dos trâmites processuais em seara civil. Embasado em premissas como o dever de fundamentação e a cooperação processual, o novel diploma pretende trazer celeridade e eficiência à prestação jurisdicional.

Como sabido, o códex processual civil aplica-se subsidiariamente à legislação especial, entre elas a Lei de Execução Fiscal, como estabelece seu art. 1º. Em vistas do exposto, necessário tecer algumas considerações sobre o processo de execução fiscal pós CPC/2015, especificamente sobre os honorários de sucumbência.

Pois bem, em se tratando da Fazenda Pública, o CPC/15 fixou as regras dos honorários sucumbenciais nos §§ 3º e 5º do art. 85 (BRASIL, DOU, 2015), veja-se:

Art. 85 - A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. (...)

§3º - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I – mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II – mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III – mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV – mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V – mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§5º - Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.

A objetividade das regras relativas aos honorários devidos pelo ente público vencido traz mais rigor em relação à sua atuação processual, devendo esta ser revestida de cautela e certeza. Como sabido, a Fazenda Pública é o maior litigante nacional, sendo que as execuções fiscais são a modalidade de *lide* de maior porcentagem entre ações em curso no Brasil. Assim,

é essencial que seu desenrolar se dê da forma mais eficiente e com menor margem de erros possível.

O controle de legalidade por parte do Advogado Público tem imediato efeito sobre a avaliação dos riscos processuais inerentes a qualquer demanda. E a discussão sobre honorários sucumbenciais, que fazem parte dessa análise de probabilidade sobre riscos e êxitos, tem como pano de fundo o princípio constitucional da Eficiência.

Inscrito no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, o Princípio da Eficiência é vetor normativo de atuação de todos os agentes que compõem a estrutura administrativa da República Federativa do Brasil, dentro de seus três Poderes ou Funções: Executivo, Legislativo e Judiciário. É dever de todos os agentes públicos prezar pelo adequado manejo e aplicação dos recursos públicos, com guisa no princípio da economicidade.

A gestão pública eficiente é aquela que consegue, de certa forma, prospectar cenários para a realização de determinada tarefa e, ao mesmo tempo, inserir nesse contexto as condições de ônus e bônus de dada conduta.

Nesse quadro, a transferência da competência institucional, em nível municipal, para a inscrição de créditos de natureza tributária em dívida ativa da Secretaria Fazendária para a Advocacia Pública é forma de concretizar as diretrizes estabelecidas pelo constituinte quando da ação dos agentes públicos para com a coisa pública.

Logo, a obtenção de êxito jurisdicional nas demandas fiscais é questão a ser perseguida pelos agentes públicos em consonância com o princípio da cooperação interinstitucional das estruturas da Administração Pública. Não há aqui mero capricho por parte de certos agentes públicos em face de outros. O que se quer é a potencialização e maior precisão das ações que irão defender e perseguir os interesses da Fazenda Pública.

Por essa razão, o principal efeito da reconfiguração de competência para a inscrição de débitos tributários em dívida ativa é a potencialização dos princípios da economicidade e eficiência. A possibilidade de ônus aos cofres públicos em razão de eventuais falhas formais no bojo do lançamento de dívida ativa pode gerar, invariavelmente, gravame de repercussão direta na efetivação de políticas públicas que poderiam ser levadas a cabo caso o orçamento não tivesse que ser utilizado para pagar honorários sucumbenciais. Em relação ao princípio da eficiência, Onofre Alves Batista Júnior afirma:

A consagração de toda essa preocupação com a eficiência administrativa resultou na expressa menção, no art. 37, caput, da CRFB/88, do princípio constitucional da eficiência, que pode se tornar um elemento de balizamento da interpretação das

legislações administrativas, além de poder oferecer importante parâmetro para o controle principiológico da atuação da Administração Pública. (...) Trata-se de um princípio constitucional reitor que deve ser observado, autônomo e completo em seu sentido, e que, de forma acertada, fornece parâmetros efetivos para o controle principiológico da Administração Pública, bem como para atuação administrativa concreta e para a própria feitura das leis. (BATISTA JÚNIOR, 2012, 114-123)

Retomando a questão acerca dos honorários sucumbenciais, tem-se que a exigência destes ainda se encontra expressa no Código de Processo Civil, quando trata das execuções em geral. Confira-se:

Art. 775 - O exequente tem o direito de desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva.

Parágrafo único. Na desistência da execução, observar-se-á o seguinte:

I - serão extintos a impugnação e os embargos que versarem apenas sobre questões processuais, pagando o exequente as custas processuais e os honorários advocatícios;

II - nos demais casos, a extinção dependerá da concordância do impugnante ou do embargante.

Art. 776 - O exequente ressarcirá ao executado os danos que este sofreu, quando a sentença, transitada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que ensejou a execução (BRASIL, 2015).

Importante destacar o posicionamento jurisprudencial dos tribunais acerca das hipóteses de eventuais erros de inscrição da dívida ativa que geram prejuízo financeiro ao orçamento dos entes federativos, em especial os Municípios. Nessa linha, a título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça desenvolveu sua jurisprudência no sentido de cristalizar no Enunciado n. 153 de sua Súmula o seguinte entendimento: “*a desistência da execução fiscal, após o oferecimento dos embargos, não exime o exequente dos encargos de sucumbência*”.

Com efeito, os prejuízos causados por eventuais erros não apurados pelos agentes hodiernamente competentes para realizar o lançamento de dívida ativa em nível municipal podem trazer conseqüências sérias para a gestão de políticas públicas em razão do impacto orçamentário causado pelos honorários sucumbenciais em face da Fazenda Pública Municipal. Por esse motivo, reavaliar o quadro de competência nessa seara é extremamente importante para assegurar os interesses do Município. A substituição dos atuais profissionais pelos Procuradores nesse desiderato não tem a ver com a incapacidade intelectual daqueles, mas simplesmente pela maior capacidade técnica dos Procuradores, ante a exigência de serem bacharéis em Direito e, ao mesmo tempo, possuírem ampla práxis na seara do contencioso tributário.

Dessa forma, a nova delimitação de competência para o lançamento de crédito tributário em dívida ativa tem como finalidade a proteção aos interesses da Administração

Pública, em especial no que tange à potencialização dos princípios da economicidade, eficiência, segurança jurídica e legalidade.

6. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que aos Procuradores Públicos do Município, cabe exatamente assistir à administração pública no controle interno da legalidade, promover a cobrança da dívida ativa, através de sua Procuradoria, sempre se recordando que a cobrança da dívida não se inicia no Judiciário, tendo o seu início justamente com a inscrição em dívida ativa. A Dívida Ativa inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem equivalência de prova pré-constituída contra o devedor. O ato da inscrição confere legalidade ao crédito como dívida passível de cobrança e a competência para inscrever esse débito é da Procuradoria e não da Secretaria da Fazenda ou órgãos correlatos. É tão certa a competência da Procuradoria para inscrever em dívida ativa que após esse ato já não se fala em sigilo fiscal, específico da administração tributária. Um dos efeitos devastantes da inscrição em dívida ativa é justamente a publicidade do débito (art. 198, parágrafo 3º, inciso II, do CTN) (BRASIL, 1966), que ocorre depois de esgotada a competência da unidade fazendária. Na Constituição Federal (art. 131, parágrafo 3º⁷) (BRASIL, 1988), o assunto aparece para consagrar uma das mais relevantes competências da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Com efeito, se para a União a representação na execução (cobrança) da dívida cabe à Procuradoria da Fazenda Nacional, o mesmo deve ser entendido para os Estados e Municípios como corolário do preceito constitucional implícito da simetria federativa. Não faz sentido que sendo uno o Sistema Tributário Nacional, a competência para inscrever o débito tributário oriundo da União seja da competência da Fazenda Nacional e para os Municípios seja da Secretaria da Fazenda, tão somente, porque a lei municipal assim o quer ou é omissa. Não existe discricionariedade em direito tributário, sendo todo ato vinculado. Ato vinculado não é aquele somente vinculado à lei, mas a todo o sistema tributário nacional e, principalmente, à Constituição Federal. Para que se evitem futuros transtornos processuais, principalmente em razão da sucumbência, é necessária a atuação dos procuradores municipais no controle formal de legalidade do instrumento que abaliza a execução fiscal.

⁷ Parágrafo 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

7. REFERÊNCIAS

BIBLIOGRAFIA

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HARADA, Kiyoshi. **Dívida ativa e advocacia pública. Controle público da coisa pública – da terceirização impossível**. Palestra proferida em 28 de jun. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13481>. Acesso em 17 de maio de 2017.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. Companhia das Letras – 7ª Ed. São Paulo, 2012, p. 74. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/360813/mod_resource/content/1/LEAL%2C%20Victor%20Nunes.%20Coronelismo%20Enxada%20e%20Voto.pdf>.

LEON FREDJA SZKLAROWSKY. **Parecer in Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, “Pareceres” 1981**, Tomo II, p. 520, item 52. Ainda: SZKLAROWSKY, Leon Frejda. “Inscrição da dívida ativa da fazenda pública”, in Execução Fiscal, Brasília: ESAF, 1984.

LEONCY, Léo Ferreira. **Uma proposta de reeleitura do princípio da simetria**. Publicado em 24 de nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-24/observatorio-constitucional-releitura-principio-simetria/>>. Acesso em 16 de maio de 2017.

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro : (administrativo e judicial)**. – 7ª ed. – São Paulo : Dialética, 2014.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Dívida ativa**, São Paulo: Quartier Latin, 2004, pp. 66 a 68.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Dívida Ativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

SILVA, José Afonso, **Curso de direito constitucional positivo**, 35ª ed. rev. atual. – São Paulo, Malheiros, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo, **Curso de Direito Financeiro e Tributário** -19ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Lei 5172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, 27 de out. 1966, retificado em 31 de out. 1966. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em 17 de maio de 2017.

BRASIL. Lei 6830 de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, 24 de setembro de 1980. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 16 de maio de 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de out. 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 16 de maio de 2017.

BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, 11 de fevereiro de 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em 16 de maio de 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de mar. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 17 de maio de 2017.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 278332. Relator Ministro Celso de Melo. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 de dez. 2002. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000035245&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 16 de maio de 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 3549. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 31 de outubro de 2007. <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=492850>>. Acesso em 16 de maio de 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1307984 / RS. Ministro Mauro Campbell Marques – Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 de ago. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23594766&num_registro=201200143608&data=20120828&tipo=91&formato=PDF>. Acessado em 17 de maio de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0024.12.285848-3/001. Relator Des. Moreira Diniz – Quarta Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 1º de out. 2015. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=50A4BFC0206AF85922EA549E328C2638.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.12.285848-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 17 de maio de 2017.