

PROCESSO TRIBUTÁRIO

Perspectivas sob a vigência do NCP

COORDENADORES

Priscila Faricelli de Mendonça
Daniella Zagari Gonçalves
Pedro Guilherme Accorsi Lunardelli

AUTORES

Adolpho Augusto Lima Azevedo
Adriana Passaro
Alessandro Mendes Cardoso
Alexandre Gindler de Oliveira
Andréa Mascitto
Antonio Carlos G. Gonçalves
Carla Mendes Novo
Cristiane Romano
Daniella Zagari Gonçalves
Douglas Mota
Felipe Schmidt Zalaf
Gabriela Silva de Lemos
Guilherme Barnabé Mendes Oliveira
Leonardo Nuñez Campos

Marcelo Salles Annunziata
Marcos Vinícius Passarelli Prado
Morvan Meirelles
Paulo de Figueiredo Ferraz Pereira Leite
Pedro Guilherme Accorsi Lunardelli
Priscila Faricelli de Mendonça
Sidney Stahl
Sílvia Marisa Taira Ohmura
Sonia Maria Giannini Marques Döbler
Tatiana Rezende Torres
Tiago Conde Teixeira
Vanessa Damasceno Rosa Spina
Vanessa Inhasz Cardoso
Vinícius Jucá Alves
Vívian Cintra Athanzio Leal

Blucher

CEJA Centro de
Estudos das
Sociedades de
Advogados

Blucher

PROCESSO TRIBUTÁRIO

Perspectivas sob a vigência do NCPC

Coordenadores

Priscila Faricelli de Mendonça

Daniella Zagari Gonçalves

Pedro Guilherme Accorsi Lunardelli

Autores

Adolpho Augusto Lima Azevedo

Adriana Passaro

Alessandro Mendes Cardoso

Alexandre Gindler de Oliveira

Andréa Mascitto

Antonio Carlos G. Gonçalves

Carla Mendes Novo

Cristiane Romano

Daniella Zagari Gonçalves

Douglas Mota

Felipe Schmidt Zalaf

Gabriela Silva de Lemos

Guilherme Barnabé Mendes Oliveira

Leonardo Nuñez Campos

Marcelo Salles Annunziata

Marcos Vinícius Passarelli Prado

Morvan Meirelles

Paulo de Figueiredo Ferraz Pereira Leite

Pedro Guilherme Accorsi Lunardelli

Priscila Faricelli de Mendonça

Sidney Stahl

Silvia Marisa Taira Ohmura

Sonia Maria Giannini Marques Döbler

Tatiana Rezende Torres

Tiago Conde Teixeira

Vanessa Damasceno Rosa Spina

Vanessa Inhasz Cardoso

Vinicius Jucá Alves

Vivian Cintra Athanzio Leal

Processo tributário: perspectivas sob a vigência do NCP

© 2019 Priscila Faricelli de Mendonça, Daniella Zagari Gonçalves e Pedro Guilherme Accorsi Lunardelli (coordenadores)

Editora Edgard Blücher Ltda.

Imagem da capa: iStockphoto

Capa: Negrito Editorial

Diagramação: Guilherme H. Martins Salvador

Blucher

Rua Pedroso Alvarenga, 1245, 4º andar
04531-934 – São Paulo – SP – Brasil
Tel.: 55 11 3078-5366
contato@blucher.com.br
www.blucher.com.br

Segundo Novo Acordo Ortográfico, conforme 5. ed.
do *Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa*,
Academia Brasileira de Letras, março de 2009.

É proibida a reprodução total ou parcial por quaisquer
meios sem autorização escrita da editora.

Todos os direitos reservados pela Editora
Edgard Blücher Ltda.

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
ANGÉLICA ILACQUA CRB-8/7057

Processo tributário: perspectivas sob a vigência
do NCP [livro eletrônico] / Adolpho Augusto Lima
Azevedo [et al.] ; coordenado por Priscila Faricelli de
Mendonça, Daniella Zagari Gonçalves, Pedro Guilherme
Accorsi Lunardelli. – São Paulo : Blucher, 2019.
PDF.

Bibliografia

ISBN 978-85-212-1442-7 (e-book)
ISBN 978-85-212-1441-0 (impresso)

1. Direito tributário 2. Processo tributário 3. Processo
civil – Leis e legislação I. Mendonça, Priscila Faricelli de. II.
Gonçalves, Daniella Zagari. III. Lunardelli, Pedro Guilherme
Accorsi.

19-0422

CDD 343.8104

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito tributário

CONTEÚDO

O princípio da cooperação no processo tributário: uma reflexão sobre <i>fair play</i> jurídico	15
<i>Sidney Stahl</i>	
1. Introdução	15
2. Elementos da obrigação de cooperação	18
3. Cooperação no processo e res publica.....	20
4. Considerações finais.....	24
O Novo Código de Processo Civil e a possibilidade de os tribunais administrativos analisarem a constitucionalidade de normas	25
<i>Pedro Guilherme Accorsi Lunardelli, Vanessa Damasceno Rosa Spina</i>	
1. Introdução	25
2. A forma de aplicação do NCPC aos processos administrativos: omissão ou incompletude da norma.....	26
3. A natureza jurídica das normas que regem os “processos” administrativos e a atividade jurisdicional	26
4. A efetiva aplicabilidade do NCPC aos processos administrativos.....	31
5. Considerações finais.....	36

A necessidade de fundamentação das decisões 39

Alexandre Gindler de Oliveira, Guilberme Barnabé Mendes Oliveira

- 1. Introdução 39
- 2. O dever de fundamentação..... 40
- 3. Enunciados da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados 48
- 4. Dever de fundamentação no processo administrativo tributário 51
- 5. Considerações finais..... 53

A prescrição intercorrente no Novo Código de Processo Civil..... 55

Felipe Schmidt Zalaf

- 1. Introdução 55
- 2. Prescrição 55
- 3. Prescrição intercorrente 57
- 4. Prescrição intercorrente no direito tributário 58
- 5. A prescrição intercorrente no NCPC 59
- 6. Considerações finais..... 62

A disciplina da coisa julgada no NCPC: alterações e impactos para o direito tributário e o Recurso Extraordinário n. 949.297 63

Marcos Vinícius Passarelli Prado, Paulo de Figueiredo Ferraz Pereira Leite

- 1. Introdução 63
- 2. Alterações na disciplina geral sobre a coisa julgada 63
- 3. Alterações na disciplina sobre os meios de impugnação da coisa julgada 65
- 4. A coisa julgada nas relações continuativas 72
- 5. Considerações finais..... 79

Privilégios da Fazenda Pública em juízo sob a ótica do NCPC e seus impactos nas demandas tributárias..... 81

Antonio Carlos G. Gonçalves, Marcelo Salles Annunziata

- 1. Introdução 81
- 2. Privilégios da Fazenda Pública e o princípio da igualdade..... 82
- 3. As alterações nos prazos processuais da Fazenda Pública..... 85

4. As alterações no reexame necessário.....	87
5. Nova sistemática nos honorários de sucumbência	89
6. Execução contra a Fazenda Pública	90
7. Intimação da Fazenda Pública.....	91
8. Depósito prévio de multa para interposição de novo recurso após agravo interno	91
9. Desconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal	93
10. A inaplicabilidade dos privilégios a alguns integrantes da administração indireta	96
11. Adendo: outras novidades do NCPC que repercutem nas demandas tributárias	97
12. Considerações finais.....	98

As lides tributárias e os métodos alternativos de solução de conflitos previstos no NCPC: mediação e conciliação 101

Priscila Faricelli de Mendonça

1. Introdução.....	101
2. A natureza do crédito tributário.....	102
3. Matérias objeto de negociação em audiência de conciliação e/ou mediação	109
4. Conclusão	109

Negócio jurídico processual no contencioso judicial tributário 113

Daniella Zagari Gonçalves, Carla Mendes Novo, Adolpho Augusto Lima Azevedo

1. Introdução.....	113
2. Linhas gerais sobre os negócios jurídicos processuais e sua positivação no NCPC.....	115
3. Negócios jurídicos processuais e sua aplicabilidade nas lides tributárias... ..	119
4. Negócios jurídicos processuais em espécie e a Fazenda Pública	124
5. Considerações finais.....	129

O cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública no NCPC... 131

Vanessa Inbasz Cardoso

1. Introdução.....	131
2. Cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública.....	132

3. Honorários em cumprimento de sentença não impugnada pela Fazenda Pública.....	137
4. Forma de pagamento dos créditos: precatórios ou RPV	138
5. Conclusão	141
As tutelas provisórias previstas no NCPC.....	143
<i>Tiago Conde Teixeira</i>	
1. Introdução	143
2. As tutelas provisórias segundo o NCPC	144
3. A tutela de urgência no processo tributário	149
4. A tutela de evidência no processo tributário.....	151
5. Conclusão	153
A tutela da evidência no mandado de segurança em matéria tributária	155
<i>Douglas Mota, Antonio Carlos G. Gonçalves</i>	
1. Introdução	155
2. A tutela da evidência no mandado de segurança em matéria tributária....	161
3. Considerações finais.....	167
Como fica a medida cautelar para antecipação de garantia no NCPC?	169
<i>Adriana Passaro</i>	
1. Introdução	169
2. Medida cautelar de antecipação de garantia no CPC/73	170
3. As tutelas provisórias no NCPC	173
4. Considerações finais.....	180
A remessa necessária no NCPC e os efeitos no processo tributário ...	183
<i>Morvan Meirelles</i>	
1. Introdução	183
2. A remessa necessária no NCPC.....	184
3. Questões envolvendo a redação do art. 496 do NCPC.....	188
4. A exceção de pré-executividade julgada procedente em sede de execução fiscal e a remessa necessária.....	190

5. O julgamento parcial e antecipado de mérito e a remessa necessária 192
 6. Tutela antecipada antecedente e remessa necessária..... 194
 7. Considerações finais..... 196

A coisa julgada inconstitucional e a ação rescisória prevista nos art. 525, § 15, e 535, § 8º, do NCPC..... 197

Sonia Maria Giannini Marques Döbler, Sílvia Marisa Taira Obmura

1. Introdução 197
 2. Breve reflexão sobre a coisa julgada..... 197
 3. A coisa julgada inconstitucional..... 199
 4. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade pelo STF – repercussão geral no RE n. 730.462/SP 200
 5. A relativização da coisa julgada e o princípio da segurança jurídica 202
 6. O ajuizamento da ação rescisória em inconstitucionalidade superveniente 203
 7. Considerações finais..... 206

A sistematização de precedentes em matéria tributária 209

Andréa Mascitto

1. Introdução 209
 2. Cenário e novidades no NCPC..... 213
 3. A sistematização de precedentes..... 215
 7. Considerações finais..... 218

Recurso Extraordinário no NCPC..... 221

Priscila Martins Merlo

1. Introdução 221
 2. Juízo de admissibilidade 222
 3. Prequestionamento 224
 4. Reenvio – dificuldades decorrentes da inconstitucionalidade reflexa 226
 5. Repercussão geral..... 227
 6. Recursos repetitivos 230
 7. A vinculabilidade dos precedentes..... 232
 8. Considerações finais..... 234

O NCPC e a “fungibilidade” dos recursos Especial e Extraordinário ... 235

Vinicius Jucá Alves

1. Introdução.....	235
2. Os art. 1.032 e 1.033 tratam de fungibilidade recursal?.....	236
3. Art. 1.032 – o REsp no STJ.....	238
4. Art. 1.033 – o RE no STF.....	240
5. A Súmula n. 126 do STJ permanece válida?	240
6. Considerações finais.....	241

A importância do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade em matéria tributária 243

Cristiane Romano, Vivian Cintra Athanazio Leal

1. Introdução.....	243
2. Breves considerações acerca da previsão legislativa da participação do <i>amicus curiae</i>	245
3. Análise da intervenção do <i>amicus curiae</i>	248
4. A importância da atuação dos <i>amici curiae</i> nas discussões tributárias.....	262
5. Considerações finais.....	267

Efeitos do NCPC na reclamação em matéria tributária 269

Alessandro Mendes Cardoso, Tatiana Rezende Torres

1. Introdução.....	269
2. A reclamação no NCPC e o direito tributário.....	274
3. Considerações finais.....	285

Impactos do NCPC aos embargos à execução fiscal..... 287

Gabriela Silva de Lemos

1. Introdução.....	287
2. Aplicação subsidiária do NCPC ao rito das execuções fiscais	288
3. Relevantes alterações no procedimento.....	290
4. Considerações finais.....	296

Responsabilidade tributária de grupos econômicos e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica no NCPC..... 299

Leonardo Nuñez Campos

1. Introdução	299
2. Grupos econômicos: classificação e conceito.....	300
3. Grupos econômicos e responsabilidade tributária.....	306
4. Execuções fiscais e os problemas inerentes ao redirecionamento.....	312
5. O IDPJ no NCPC e a sua aplicabilidade nas execuções fiscais	315
6. Considerações finais.....	319

APRESENTAÇÃO

A presente obra tem como objetivo propor uma reflexão sobre o estágio das disputas judiciais fiscais três anos após a vigência do Código de Processo Civil, de 2015.

O Código aperfeiçoou e detalhou algumas mudanças que já haviam sido implementadas em reformas pontuais ao Código de Processo Civil de 1973, como o julgamento de recursos repetitivos, e introduziu mudanças estruturais, como o novo regime de tutelas de urgência ou mesmo a ampliação da relevância da adoção de meios adequados de solução de controvérsias.

A obra é composta de artigos escritos por advogados militantes em disputas fiscais e tem como propósito apresentar a perspectiva daqueles que defendem os contribuintes.

Esperamos provocar reflexões e também auxiliar na solução de desafios.

Boa leitura!

Os coordenadores

O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO PROCESSO TRIBUTÁRIO: UMA REFLEXÃO SOBRE *FAIR PLAY* JURÍDICO

Sidney Stahl

1. INTRODUÇÃO

Uma frase citada pelo Barão de Coubertin,¹ o fundador dos Jogos Olímpicos da era moderna, originalmente proferida na missa para os participantes dos Jogos Olímpicos de Londres, em 1908, na catedral de São Paulo pelo bispo anglicano da Pensilvânia, afirma que “O importante na vida não é o triunfo, mas o combate; o essencial não é ter vencido, mas ter lutado bem”. Essa é a essência, no entendimento do ilustre Barão, do chamado *fair play*.

O termo já foi incorporado aos dicionários da língua portuguesa e significa, na essência, competir de modo limpo (literalmente, “jogo limpo”). *Fair play* não é uma regra expressa nos códigos esportivos ou uma determinação obrigatória nas competições, é uma filosofia de comportamento, uma regra ética de conduta, ou melhor, o conceito de *fair play* está vinculado à ética no meio esportivo. Os praticantes devem procurar jogar de maneira justa, não prejudicando o adversário de forma proposital.

Fair play é, antes de tudo, um conceito ético que pode ser aplicado a qualquer atividade na qual se persiga justiça (*fair* significa “justo”), ou seja, a qualquer atividade na qual se busque alcançar a justiça em situações de confronto,

1 COUBERTIN, Pierre de. *Olimpismo*: seleção de textos. Porto Alegre: ediPUCRS, 2015. p. 581.

quer seja um confronto esportivo, quer seja o confronto de ideias, quer seja o confronto jurídico.

Em relação aos confrontos jurídicos, esses se fazem nos processos, que são geridos pelas regras do Código de Processo Civil (CPC). A Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, conhecida como Novo Código de Processo Civil (NCPC), é uma tentativa de tornar o processo mais eficiente, como se pode constatar do seguinte trecho de sua exposição de motivos:²

Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1.992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência.

O NCPC é inaugurado apontando que se rege pelos valores e pelas normas fundamentais estabelecidas na Constituição, e é assim que se expressa o seu art. 1º:

Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

No seu art. 6º, o NCPC introduziu o princípio da cooperação, que passa a compor os róis de princípios norteadores do direito pátrio. Usamos a expressão no plural – róis – porque no substrato jurídico nacional temos outros princípios apontados a partir da Constituição, mas que se encontram também nas demais normas legais. O referido artigo estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, *introduzindo o modelo cooperativo por meio de uma norma geral, inspirado no modelo constitucional*, conforme assevera Cassio Scarpinella Bueno.³

Na realidade, o NCPC estabelece o *fair play* na disputa processual. Cooperação em termos processuais implica diminuir a litigiosidade e aumentar a transparência

2 Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2016.

3 BUENO, Cassio Scarpinella Bueno. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 45.

entre as partes. Os objetivos são os traçados no artigo: justiça, efetividade e celeridade. Não há na norma processual qualquer sanção específica à falta de cooperação, mas é princípio e servirá ao magistrado para provocar-lhe o convencimento.

Voltando ao Barão de Coubertin,⁴ há um trecho do discurso proferido no jantar oferecido pelo governo britânico em 24 de julho, em Londres, que vale destacar:

A ideia Olímpica é ao nosso ver a concepção de uma cultura avançada, apoiada, por um lado, no espírito cavalheiresco que vocês tão graciosamente chamam de *fair play*, e por outro, na noção estética, no culto ao que é belo e gracioso. Não direi que os antigos não tenham faltado com esse ideal alguma vez. Essa manhã lia em um de seus grandes periódicos, a propósito de um incidente ocorrido ontem que causou certa inquietação, uma expressão de desalento ao pensar que certos traços de nossos costumes esportivos atuais nos impediam aspirar a alcançar o nível clássico. Ah, senhores! Vocês acreditam que incidentes como esses não têm manchado a crônica dos Jogos Olímpicos, Píticos, Nemeos, de todas as grandes reuniões desportivas da antiguidade? Seria ingênuo pretender isso. O homem sempre foi apaixonado, e que os céus nos preservem de uma sociedade na qual não haja excessos e na qual a expressão dos sentimentos ardentes se encerre nos moldes demasiado estreitos das conveniências.

Pode-se dizer, portanto, que em nossos dias, nos quais o progresso da civilização material (eu acrescentaria, o da civilização mecânica) tem louvado todas as coisas, existem alguns caprichos que ameaçam a ideia Olímpica, que produzem inquietações. Se, não quero em absoluto ocultar isso, o *fair play* está em perigo; e o está sobretudo em razão do desenvolvimento desse câncer ao qual se têm permitido expandir-se imprudentemente: a loucura do jogo, da aposta, do *gambling*.

O que aponta com propriedade o Barão é que a existência de um confronto com implicações patrimoniais põe em perigo o *fair play*, por óbvio! Então, somos pessimistas do mesmo modo, no mínimo para iniciar a nossa análise: como vislumbrar a lealdade e a cooperação de advogados e procuradores nos processos nos quais se discutem tributos?

A ideia de *fair play* está ligada à noção de moralidade. O uso que os atores sociais fazem do termo, dentro de um jogo e até mesmo fora dele, remete a uma

4 COUBERTIN, Pierre de. *Olimpismo*: seleção de textos. Porto Alegre: ediPUCRS, 2015. p. 580.

série de noções que, apesar de não estarem explicitamente presentes nas regras, são compreendidas por aqueles que compartilham de um respeito ao próprio jogo. *Fair play* significa mais que seguir as regras: significa colaborar para que elas sejam cumpridas, mesmo se contrárias a si mesmo.

Mas há de se duvidar desse espírito de cooperação entre a Fazenda e o contribuinte, a não ser que a falta de cooperação implique em alguma sanção; porém, a sanção não está expressa na norma. Assim, o que vamos examinar no decorrer dessas poucas páginas – impostas mais por exigência dos limites da obra que em face do meu próprio interesse – são os elementos que tornam possíveis ou impossíveis certas formas de colaboração no processo e a sua efetividade.

2. ELEMENTOS DA OBRIGAÇÃO DE COOPERAÇÃO

Conforme apontamos, o art. 6º do NCPC obriga todos os sujeitos do processo a cooperarem entre si para que se obtenha decisão de mérito justa, efetiva e célere. Por outro lado, a obrigação incide sobre atores que têm perspectivas concorrentes.

Essa cooperação, portanto, é uma obrigação intersubjetiva vista das diversas perspectivas de ética e moral e pode ser representada em relação à forma (a obrigação de se respeitar a regra do jogo ou do processo), em relação ao meio (a obrigação de não agir contra o processo, produzindo atos que impeçam ou dificultem o seu andamento), ou ainda em relação ao objeto (a necessidade de transparência).

Não se pode confundir o princípio da cooperação (norma) com a exigência em se cooperar (elemento subjetivo). A cooperação como elemento do processo é uma norma que impõe condutas. Assim, para que se configure o ilícito processual, a falta de cooperação precisa ser traduzida em um suporte fático, mesmo que omissivo. Essas condutas se manifestam nos atos processuais que implicam a contraposição dos objetivos traçados pelo art. 6º: a justiça, a efetividade e a celeridade.

Portanto, por mais que seja difícil apontar quais são os elementos da obrigação de se cooperar, é possível apontar quais são os atos que se opõem ao dever de cooperar: atos que impliquem em postergação ou protelação desnecessários, condutas que impeçam que se pronuncie a decisão de mérito e atos que impeçam a atividade satisfativa, que é o fim a ser alcançado pelo próprio processo.

O que o processo exige, a partir da imposição constante do art. 6º de cooperação entre as partes, é que as partes atuem de maneira não desconexa com o objeto da demanda e que sejam, dentro dos limites constitucionais, transparentes, evitando-se surpresas para a parte contrária e para o juiz. Justo, nesses casos, é que

as partes tenham informações simétricas, ou seja, que aquilo que é sabido por uma das partes seja conhecido pelas demais.

Entretanto, essa obrigação de compartilhar informações está limitada no direito de não produzir prova contra si mesmo, por isso, a parte está obrigada a apresentar as informações de que dispõe sobre algo que possa interferir no processo, ou a permitir o acesso a tais elementos, desde que não implique em produção de prova contra si mesmo, ou que prejudique sua própria defesa.

A questão se assemelha às discussões acerca da igualdade de informações constantes da análise econômica do direito, ou melhor, às discussões acerca da assimetria de informações nas relações contratuais e nas relações concorrenciais ou regulatórias. Essa assimetria de informações é tratada pela doutrina na análise de situações anteriores e posteriores à formação do vínculo relacional. Esse vínculo poderia ser um contrato, uma concorrência pública ou qualquer outro fato jurídico que implique em confronto de perspectivas concorrentes.

A análise econômica do direito tratou de separar as situações anteriores e posteriores à conexão e denominou a assimetria de informações de “seleção adversa”, se ocorrida anteriormente, e de “risco moral”, se posterior à formação do vínculo. No caso da sua aplicação ao processo civil, teremos, salvo algum engano desse autor, assimetrias de ambos os tipos.

A seleção adversa decorreria do fato de uma das partes possuir mais informações que a outra acerca do objeto da demanda e da impossibilidade de essa outra obter a mesma informação. O risco moral no processo corresponderá à impossibilidade de uma das partes de antever o comportamento da outra parte por não possuir informações suficientes. Em ambos os casos, o que se espera é que as partes não produzam comportamentos oportunistas, considerando possuírem informações não disponíveis às demais partes.

A cooperação nos limites impostos pelo art. 6º do NCPC implica em obrigações de ordem formal (respeito às formalidades processuais normativas), de ordem comportamental (não agir contra o processo, produzindo atos que impeçam ou dificultem o seu andamento) ou ainda de ordem objetual (necessidade de transparência).

Mesmo assim, sabemos que a falta de sanção específica é um obstáculo para a consecução dos objetivos da norma, mas devemos admitir que a ausência de cooperação pode provocar no juízo uma inoportuna antipatia à deslealdade, com consequência direta na interpretação constante dos elementos do processo, isto é, o ato de não cooperar pode não ter sanção direta, mas, indiretamente, pode implicar em uma maior rigorosidade do juiz em relação à interpretação do direito do infringente.

3. COOPERAÇÃO NO PROCESSO E RES PUBLICA

No direito tributário, a cooperação precisa ser analisada com olhos na *res publica*, ou com relação à disponibilidade da coisa pública.

Assim, é relevante analisar esses argumentos de que a cooperação não se aplicaria à administração pública, que não pode transigir com o interesse público, decorrência do princípio do direito administrativo da indisponibilidade do interesse público. Lembremo-nos, ainda, que a Lei Complementar (LC) n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) estabelece regras claras acerca da renúncia de receitas e da responsabilidade da gestão fiscal.

Por outro lado, é preciso apontar que cooperação não implica renunciar aos créditos tributários. Aliomar Baleeiro⁵ tangenciou a questão ao discutir o conceito de transação constante do Código Tributário Nacional (CTN), assim expondo:

O próprio art. 171 conceitua transação, empregando o vocábulo no sentido jurídico e não vulgar de negócio qualquer, [...] mas com o conteúdo de ato jurídico específico no qual um litúgio entre os interessados pode ser regulado e extinto mediante ajuste e concessões recíprocas.

Ato jurídico, porque modifica e extingue obrigações preexistentes, e não contrato, apesar de prestigiosas opiniões em contrário, porque não cria tais obrigações.

Entendo que o trecho é relevante porque se o poder público puder transacionar, poderá cooperar.

Paulo de Barros Carvalho⁶ aponta o seu entendimento acerca da transação:

O princípio da indisponibilidade dos bens públicos impõe seja necessária previsão normativa para que a autoridade competente possa entrar no regime de concessões mútuas, que é da essência da transação. Os sujeitos do vínculo concertam abrir mão de parcelas de seus direitos, chegando a um denominador comum, teoricamente interessante para as duas partes, e que propicia o desaparecimento simultâneo do direito subjetivo e do dever jurídico correlato.

Ao contrário do que sucede no direito civil, em que a transação tanto previne como termina o litúgio, nos quadrantes do direito tributário só se admite

5 BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 904-905.

6 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 308.

a transação terminativa. Há de existir litígio para que as partes, compondo seus mútuos interesses, transijam. Agora, divergem os autores a propósito das proporções semânticas do vocábulo litígio. Querem alguns que se trate de conflito de interesses deduzido judicialmente, ao passo que outros estendem a aceção a ponto de abranger as controvérsias meramente administrativas. Em tese, concordamos com a segunda alternativa.

Sendo possível a transação – respeitados os limites gerais de norma que a estabelece, não objeto do presente artigo –, tenho que é possível alcançar a cooperação no processo de modo ainda mais efetivo.

O que se aproxima do princípio da cooperação imposto pelo NCPC com relação ao poder público são os **princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência administrativa**, insculpidos no art. 37 da Constituição com redação dada pela Emenda Constitucional (EC) n. 19, de 4 de junho de 1998:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e **eficiência**. (grifos nossos)

Ante a vinculação dos atos administrativos, a autoridade competente deve agir atendo-se aos limites impostos pela norma, no dizer de Hely Lopes Meireles:⁷

Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pelo Poder Público para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado.

Conforme ensina Lourival Vilanova,⁸ “o direito é o instrumento do Estado para realizar seus fins”. Então, só voltando um pouco ao que já passamos, o advogado

7 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 150.

8 VILANOVA, Lourival. Relação jurídica de direito público. *Revista de Direito Público*, Universidade de São Paulo, Instituto de Direito Público. v. 18, n. 74, abr.-jun. 1985. p. 47.

público, o Procurador da Fazenda, pode em posse de informação que a parte não tem simplesmente concordar com a razão da parte contrária, com o contribuinte? Pode e faz.

Faz quando deixa de contestar algo que diuturnamente tem negado pelo judiciário mesmo que o faça com suporte nas listas de dispensas de contestar nos termos do art. 19 da Lei n. 10.522/2002, e poderá fazê-lo com base no princípio da cooperação:

Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004) [...].

Faz porque não há interesse público em condenar quem não pode ser condenado, ou melhor, condenar quem não deve, em termos tributários.

E o interesse público também se concentra na sua eficiência. Lucas Rocha Furtado⁹ discorre acerca do princípio constitucional da eficiência da administração pública:

A eficiência requer do responsável pela aplicação dos recursos públicos o exame da relação custo/benefício da sua atuação. O primeiro aspecto a ser considerado em termos de eficiência é a necessidade de planejamento, de definição das necessidades e a indicação das melhores soluções para o atendimento dessa necessidade pública. [...]

Por eficácia se deve entender o simples exame dos resultados. Realizada qualquer atividade estatal, deve-se buscar examinar em que medida aquela atividade gerou benefícios para a sociedade. [...]

O exame da eficácia requer do administrador público a avaliação dos resultados que as atividades por ele desenvolvidas geram em favor da sociedade. Se não houver benefícios, devem os responsáveis por referido órgão corrigir os rumos por meio da definição de novos modelos ou estratégias.

A efetividade, terceiro passo para a realização da economicidade, pressupõe o cumprimento das duas etapas anteriores. Como parte da eficiência, foram definidas as metas de atuação. No exame da eficácia, foram constatados os

9 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 112-113.

resultados da atividade administrativa. No exame da efetividade deve ser feita a comparação entre os objetivos ou metas que haviam sido fixadas por ocasião do planejamento e os resultados efetivamente alcançados. [...]

Não há, em todo o ordenamento jurídico, justificativa para a exclusão do princípio da eficiência do mundo do Direito e para a sua transferência para o campo da discricionariedade como mera opção de conveniência ou de oportunidade. No momento em que todos os que lidam com o Direito Administrativo se conscientizarem da necessidade de dar maior efetividade a todos os princípios, inclusive ao da economicidade, que compreende além da eficiência a efetividade e eficácia, o cidadão brasileiro talvez possa contar com serviços públicos compatíveis com a carga tributária praticada no nosso País.

Não bastasse isso, o interesse público não se encontra na derrota do contribuinte em relação ao poder público, mas na correção da aplicação da norma, na legalidade. Se o contribuinte tem razão, o advogado público deve colaborar para que se restabeleça o seu direito. Vale, nesse sentido, abrir um parêntese e lançar uma pequena discussão acerca da cooperação e da sua relação com a autocomposição, tão salutar em todos os sentidos.

O art. 190 do Código Adjetivo dispõe que “versando o processo sobre **direitos que admitam autocomposição**, é lícito às partes plenamente capazes estipular **mudanças no procedimento** para **ajustá-lo às especificidades da causa** e convenicionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo” e que o juiz controlará a validade dessas convenções e somente recusará aplicá-las nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Já expusemos que qualquer autocomposição não será possível em relação ao crédito tributário porque a administração pública não pode transigir com o interesse público. Contudo, o nosso questionamento não se refere a transigir com o crédito tributário, mas a estipular acordos em relação ao procedimento a ser adotado no processo. Digamos, estabelecer um acordo entre a Fazenda e o contribuinte para que este possa garantir o juízo de modo adequado à sua capacidade financeira, ou seja, reter um percentual específico do seu faturamento mensal, ou ainda depositar um montante determinado por mês etc.

Será isso possível? Tenho que sim, certo de que muitos têm opinião diversa. Mas a “mudança” é meramente procedimental, atende ao interesse das partes, não implica diminuir ou transigir em relação ao crédito e contribui para cumprir os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência.

Certamente o que se pretende é receber o crédito, não inviabilizar a atividade privada. Isso é cooperação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O multifacetado folclorista Luís da Câmara Cascudo costumava dizer que “o Brasil não tem problemas, só soluções adiadas”. Por óbvio a afirmação está longe de ser de todo uma inverdade num país que frequentemente adia decisões fundamentais e que usualmente adota soluções simplistas que acabam se refletindo somente nos próximos governos, quer seja por conta da relevância da decisão na política de governo, quer seja pela falta de capacidade de se examinarem as consequências futuras do ato, quer seja, simplesmente, por inconsequência.

As decisões públicas devem sempre atentar para o interesse público. Esse conceito se apresenta, por exemplo, na Constituição Federal quando esta proíbe que tributos tenham por efeito o confisco. Isso porque se o tributo serve, por um lado, para abastecer os cofres públicos para que o Estado possa cumprir seus misteres, por outro, não poderá tomar do contribuinte os valores necessários à sua subsistência, à manutenção do seu patrimônio e de suas atividades, afinal, o que pretende a administração é atingir o interesse comum com a tributação, jamais locupletar-se.

Além disso, o agente público não pode agir de modo irresponsável, mesmo que tenha competência e capacidade para tal. Isso é imoral e a moralidade é um dos cânones do sistema constitucional brasileiro.

Temos a convicção de que o ponto fulcral do que aqui expomos é a necessidade de uma mudança de cultura das partes no processo. Advogados e juízes precisam entender que no processo tributário o que se busca é satisfazer com eficiência o crédito tributário legítimo. Qualquer atitude em sentido contrário é prejudicial ao país, ferindo a segurança e a legalidade.

A função do jurista, nesse momento preliminar do NCPC, é fomentar a discussão, e a do advogado é insistir e praticar a cooperação. Não pretendo, entretanto, parecer ingênuo, como aquela história do Mário Américo, ex-massagista da seleção de 1958, que comprou um rádio do Garrincha pela metade do preço porque o atleta acreditou que o rádio só falava “sueco”. Cultura não se muda com rapidez, o tempo é o tempero da mudança.

A vida não é feita de *fair play*, este é esporádico e subsidiário. O Barão de Couberlin morreu em Genebra, na Suíça, de um ataque fulminante do coração, pobre e isolado.

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A POSSIBILIDADE DE OS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS ANALISAREM A CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS

Pedro Guilherme Accorsi Lunardelli

Vanessa Damasceno Rosa Spina

1. INTRODUÇÃO

Com a edição do Novo Código de Processo Civil (NCPC), muitas questões anteriormente debatidas voltaram ao cenário jurídico, algumas delas com mais potência. A técnica processual de aplicação de precedentes que se tornou mais abrangente, a internalização no diploma processual de princípios constitucionais, a potencialização do princípio do contraditório e a introdução de medidas de cooperação entre as partes são exemplos de questões que foram, na sua grande maioria, profundamente modificadas, em evidente evolução processual.

Dentre todas as mudanças, uma delas nos salta aos olhos diante do seu alcance. Referimo-nos ao disposto no art. 15 do NCPC:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

A norma inserta no mencionado dispositivo trata, de forma expressa, sobre a aplicação dos comandos do Código de Processo Civil (CPC) aos processos trabalhistas, eleitorais e administrativos quando as normas regentes desses temas forem omissas ou incompletas.

Interessa-nos neste artigo, e é este ponto que abordaremos, a aplicação das normas processuais aos processos administrativos. Dentro desta análise, passaremos

pela natureza das normas que regem os processos administrativos (ou seriam procedimentos administrativos?), pela função dos órgãos de julgamento e pelas competências – legais e constitucionais – para julgamento de constitucionalidade para, então, apresentarmos nossas conclusões sobre como as novas regras processuais afetam este cenário.

2. A FORMA DE APLICAÇÃO DO NCPC AOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS: OMISSÃO OU INCOMPLETUDE DA NORMA

Inicialmente, é importante tratarmos da distinção feita pelo mencionado art. 15 entre a aplicação da norma processual de forma supletiva e subsidiária. Cremos que ambas as expressões não são sinônimas, sendo uma aplicada quando a norma é omissa sobre determinado assunto e outra quando esta se revela incompleta.

Sobre essa distinção, rico é o magistério dos professores Paulo Cesar Conrado e Rodrigo Dalla Pria,¹ para quem:

Na primeira situação, a da supletividade, o que se supõe é a total ausência de especial norma reguladora do processo administrativo, caso em que o Código de Processo Civil acaba por assumir função “normativo-substitutiva”.

Na segunda hipótese, quando o assunto é a subsidiariedade, pressupõe-se alguma regulamentação, ostentando o Código de Processo Civil de 2015 função “normativo-complementar”.

Feitas essas considerações iniciais, passemos à análise do efetivo reflexo dessa previsão contida na norma processual aos processos administrativos.

3. A NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS QUE REGEM OS “PROCESSOS” ADMINISTRATIVOS E A ATIVIDADE JURISDICIONAL

A primeira reflexão que se mostra relevante diz respeito à natureza das normas que regem os processos administrativos. Isso é de relevância irrefutável na

1 CONRADO, Paulo César; PRIA, Rodrigo Dalla. Aplicação do Código de Processo Civil ao processo administrativo tributário. In: CONRADO, Paulo César; ARAÚJO, Juliana Furtado Costa (Coord.). O Novo CPC e seu impacto no Direito Tributário. São Paulo: FiscoSoft, 2105. p. 251.

medida em que a análise da natureza jurídica dessas normas pode nos levar ao entendimento de que são elas inconstitucionais, pois não seguem o regramento constitucional atinente à matéria.

Com efeito, dispõe o art. 22 da Constituição Federal que é competência da União federal legislar sobre processo:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...].

E no art. 24 do Diploma Constitucional há a previsão para União, estados e Distrito Federal legislares, de forma concorrente, sobre procedimento:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; [...]

XI – procedimentos em matéria processual; [...].

Temos como premissa que os processos administrativos são efetivamente processo e não procedimento, diante das características das normas que o regulam.

Como bem pontuado por Vicente Greco Filho,² “do processo distingue-se o procedimento, que é a forma pela qual se sucedem os atos processuais. O processo é algo mais profundo, uma verdadeira relação entre os sujeitos, e que foi explicado, em diversos momentos históricos, de forma diferente”.

Prossegue esse mesmo autor³ apresentando as características atinentes às normas que regulam processo:

No processo, aos sujeitos que dele participam são atribuídos poderes, faculdades, deveres, sujeição e ônus, numa forma dinâmica, isto é, num suceder de atos que tendem para o ato-fim, a sentença, na qual aplica o direito.

O conjunto de normas e princípios que regula toda essa atividade é o direito processual. Este é autônomo em relação ao direito material que tem por fim realizar, mas é instrumental porque existe para essa finalidade.

2 FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 35.

3 FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 36.

Assim, devemos ter em mente que tais normas regulam processo, na medida em que ele é o instrumento por meio do qual se exerce a jurisdição. E veremos mais adiante que a atividade exercida pelos julgadores é efetivamente atividade jurisdicional.

Adotando-se o raciocínio de que o processo administrativo é efetivamente modalidade de processo, temos de concluir que a norma que o disciplina deve ter seu regramento geral previsto em norma de âmbito nacional, pois assim disciplina o mencionado art. 22 da Constituição Federal. Mas sabemos que inexistente norma dessa estirpe regulando o processo administrativo. Tanto é verdade que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Complementar (PLP) n. 381/2014⁴ (originário do Projeto de Lei do Senado n. 222/2013), que tem por finalidade criar normas gerais sobre o processo administrativo fiscal nos âmbitos federal, estadual, municipal e do Distrito Federal.

Tais ideias nos levam inevitavelmente ao pensamento de que as normas atualmente existentes são inconstitucionais. Não adentraremos este ponto, todavia, tendo em vista se tratar de aspecto a ser abordado de forma apartada e em momento mais oportuno com a devida profundidade que o assunto requer. Tomaremos, então, como pressuposto que as normas atualmente existentes e que regem os processos administrativos de forma geral são normas válidas.

Mas um ponto não abandonaremos: tais normas regem relações processuais. E contida nesse pensamento está a certeza de que a atividade exercida pelos órgãos de julgamento administrativos é efetiva atividade jurisdicional. Essa certeza advém da ideia de que jurisdição é uma função estatal que visa à justa composição de uma lide.

Das lições de Leonardo Greco⁵ podemos extrair a relação entre jurisdição, ação e processo: “a jurisdição é função, a ação é o direito de exigir do Estado o exercício da jurisdição; e o processo é o meio, o instrumento através do qual se exerce a jurisdição”. Bem, se de processos estamos a tratar e o processo é o meio de se instrumentalizar a jurisdição, não há dúvidas de que a função exercida pelos julgadores administrativos é atividade jurisdicional.

4 “Ementa: Estabelece normas gerais sobre o processo administrativo fiscal no âmbito das administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.” Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=611441>>. Acesso em: 18 out. 2018.

5 GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 69. v. 1.

Esse ponto é compartilhado pelo pensamento dos professores Conrado e Pria,⁶ para quem:

Como o judicial, o processo administrativo pode e deve ser visto como instrumento de jurisdição, portanto.

É certo, por óbvio, que essa jurisdição – a processada no ambiente administrativo – não experimenta as mesmas características da “jurisdição judicial”; fossem sobrepostas em todos os seus aspectos, seria sem sentido a distinção. Não obstante isso, é de jurisdição, definitivamente, o que se tem num e noutra âmbito.

Por certo, ao tratarmos de processo administrativo tributário – cuja sistemática exige que os órgãos de julgamento sejam compostos por membros da administração pública –, haverá dúvidas sobre a atividade jurisdicional exercida por esses membros. Não há de se confundir, contudo, a atividade jurisdicional exercida pelos membros da administração pública com a atividade administrativa dos cargos que exercem. Suas funções são administrativas até o momento que investidos da função jurisdicional, com a aquisição de atribuições distintas e roupagem distinta. Nesse momento, a figura do funcionário de carreira dá lugar à figura do julgador, acometido de imparcialidade.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello,⁷ notável conhecedor de direito administrativo, aponta com muita clareza as atividades desempenhadas como um dos critérios das funções exercidas pelo Estado :

Os critérios até hoje apresentados para caracterizar as sobreditas funções do Estado, em última instância, podem ser reduzidos, fundamentalmente, a apenas dois:

A) um critério “orgânico” ou “subjetivo”, que se propõe a identificar a função através de quem a produz e B) um critério “objetivo” que toma em conta a atividade, que vale dizer, um dado objeto (não um sujeito). Este segundo critério, de seu turno, subdivide-se em dois:

6 CONRADO, Paulo César; PRIA, Rodrigo Dalla. Aplicação do Código de Processo Civil ao processo administrativo tributário. In: CONRADO, Paulo César; ARAÚJO, Juliana Furtado Costa (Coord.). O Novo CPC e seu impacto no Direito Tributário. São Paulo: Fiscosoft, 2105. p. 250.

7 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 28-29.

a) um critério (objetivo) material ou substancial, que busca reconhecer a função a partir de elementos intrínsecos a ela, isto é, que se radiquem em sua própria natural tipologia. Os que defendem tal critério (objetivo) material usualmente afirmam que a atividade característica da função legislativa se tipifica pela expedição de atos gerais e abstratos; a função administrativa por ser “prática”, ou a realização da utilidade pública, e a atividade jurisdicional por consistir na solução de controvérsias jurídicas

b) um critério (objetivo) formal, que se apega essencialmente em características de direito, portanto, em atributos especificamente deduzíveis do tratamento normativo que lhes corresponda independentemente da similitude material que estas ou aquelas atividades possam apresentar entre si. Por este critério, o próprio da função legislativa seria não apenas generalidade e abstração, pois sua especificidade adviria de possuir o predicado de inovar inicialmente na ordem jurídica, como fundamento tão só na Constituição; o próprio da função administrativa seria, conforme nos parece, a de se desenvolver mediante comandos “infralegais” e excepcionalmente “infraconstitucionais”, expedidos na intimidade de uma estrutura hierárquica; o próprio da função jurisdicional seria resolver controvérsias com a força jurídica da definitividade.

Analisando exatamente esse aspecto, assim se manifestou Leonardo Greco:⁸

Logo, desde que os agentes públicos que resolvam litígios ou tutelem interesses particulares no âmbito desses órgãos especializados estejam dotados das mesmas garantias de imparcialidade e independência conferidas aos juízes, e desde que exerçam essas atividades no intuito de reconhecer as posições de vantagem a quem a lei as atribua e não de sobrepor sistematicamente o interesse do Estado aos dos administrados, eles estarão exercendo função tipicamente jurisdicional.

Essas afirmações partem do pressuposto de que a atividade jurisdicional pode ser exercida por pessoas não investidas do cargo de juiz de direito:⁹

A jurisdição é exercida por órgãos independentes e imparciais, o que não significa, necessariamente, que ela deva ser exercida por juízes. A Convenção

8 GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 72-73. v. 1.

9 GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 70. v. 1.

Americana de Direitos Humanos alude à jurisdição como uma função exercida por um “tribunal imparcial” (art. 8.).

Não é demais ressaltar que os tribunais administrativos atualmente existentes, como o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), o Tribunal de Impostos e Taxas (TIT), dentre outros, são todos formados por órgãos paritários, isto é, com metade dos seus representantes originária da administração pública, e a outra metade, dos contribuintes (indicados por órgãos de classe), o que os torna imparciais. É exatamente essa imparcialidade que permite a todos eles o exercício da função jurisdicional.

Não se pode pensar que cada um deles, imbuído da sua função de julgador, procurará solucionar a lide no interesse daquele que representa, pois teríamos aí desvio funcional. Além disso, esses tribunais representam meros tribunais de passagem, que de nada serviriam para solução de litígios. Dúvidas, portanto, não há de que a função desempenhada pelos componentes dos tribunais administrativos no âmbito tributário é função jurisdicional.

Todos esses fatos nos direcionam no sentido de compreender que os processos administrativos fiscais não regem meros procedimentos, apesar de parte das normas que os regulam disciplinarem matérias procedimentais (mas também o CPC regula matéria procedimental). Temos como pressuposto, portanto, que os processos administrativos são efetivos processos.

Firmada essa premissa, vejamos como o NCPC, norma regulamentadora de processo, pode reavivar a questão da possibilidade de os tribunais administrativos analisarem constitucionalidade de normas.

4. A EFETIVA APLICABILIDADE DO NCPC AOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

Desde a vigência do CPC de 1973, alguns de seus dispositivos eram aplicados aos processos administrativos, em especial àquilo que as normas de processos administrativos não previram. Exemplo disso era a distribuição do ônus da prova, para cujo assunto, em muitas oportunidades, era invocada a aplicação do CPC:¹⁰

10 Assim continua sendo, com os tribunais administrativos invocando dispositivos do NCPC: “Ementa. Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI. Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2002. CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI. PROVA. EFETIVA EXPORTAÇÃO. DOCUMENTAÇÃO. RAZOABILIDADE.

Ementa. Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário. Ano-calendário: 2006, 2007. DIREITO TRIBUTÁRIO. RELAÇÃO FISCO-CONTRIBUINTE. ÔNUS DA PROVA. PECULIARIDADES. A comprovação do fato constitutivo, extintivo ou modificativo do direito é ônus de quem alega, tal como dispõe a Lei n.º. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código do Processo Civil. No entanto, a omissão do contribuinte na prestação das informações requeridas pelo Fiscalização Federal que permitam atestar a existência do direito alegado, faz sobre ele recair o ônus pela não comprovação do fato controvertido.

A interpretação do texto normativo impõe o reconhecimento de que o conceito legal de insumo, terminologia empregada nas Leis 10.833/03 e 10637/02, não alcança a totalidade dos gastos necessários à realização do negócio da empresa.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao Recurso Voluntário. (Processo Administrativo n. 16327.721770/2011-16, publicação: 23 mar. 2016, Relator Ricardo Paulo Rosa)

Também na vigência do antigo CPC, tínhamos a aplicação de precedentes decididos em recursos com repercussão geral e na sistemática dos repetitivos, além das súmulas vinculantes. Os primeiros passos nesse sentido se deram pela intenção (embora isso se mostre uma necessidade) de uniformização de entendimentos, quer pelo judiciário, quer pela administração pública.

E, com base em previsão constitucional, passou a ser obrigatória a observância, também pela administração, desses precedentes. Referimo-nos à Emenda

Imprescindível a efetiva comprovação, por meio de documentação hábil, das exportações que ensejariam direito ao crédito-prêmio de IPI. Tendo sido essa prova apresentada pelo contribuinte por meio de guias de exportação carimbadas pelo CACEX, contrato de câmbio das operações, faturas das operações comerciais, bills of landing, seus Livros Diários do período e, por fim, planilha analítica vinculando todos esses dados referentes a cada uma das exportações, ocorridas nos anos de 1980 a 1981, com base no artigo 373 §§1º e 2º do Novo Código de Processo Civil (distribuição dinâmica do ônus da prova) e do artigo 2º da Lei n. 9.784/99, há de se entender comprovada a exportação para fins de aproveitamento do crédito-prêmio de IPI. Recurso voluntário provido. Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso” (Processo Administrativo n. 11080.000687/2007-31, publicação: 11 jul. 2016, Relatora Thais de Laurentis Galkowicz).

Constitucional n. 45/2004, que acrescentou na Constituição Federal o art. 103-A tratando das súmulas vinculantes e da sua observância pelos órgãos da administração. Estava iniciado ali o caminho irreversível de aplicação de normas processuais, do âmbito judicial, a normas processuais, de âmbito administrativo.

Com a entrada em vigor do NCPC, esse caminho restou ainda mais certo, com a previsão expressa de que as normas processuais devem ser aplicadas também aos processos administrativos, consoante o já citado art. 15. Surge, então, uma questão: se cabe ao judiciário, no exercício da função jurisdicional, declarar a inconstitucionalidade de uma norma, caberia aos tribunais administrativos essa mesma função?

Bem, se as normas que regem os processos administrativos regem processo e o processo é o instrumento por meio do qual se busca a solução de um litígio, não tem lugar a ideia de que determinadas situações fiquem fora do alcance da atividade jurisdicional. Um órgão jurisdicional tem o dever de saneamento do processo, quer no âmbito judicial, quer no âmbito administrativo, bem como tem o dever de determinar a produção de provas de forma a viabilizar o direito à ampla defesa. Esses deveres são inerentes à atividade jurisdicional, como o é o dever de julgar o processo dentro dos limites em que ele se estabelece. Esta é a garantia assegurada pelo devido processo legal, cujo princípio constitucional deve ser observado em qualquer processo em qualquer esfera.

Não por outra razão o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) é claro em determinar a observância do *due process of law* por todos os órgãos de julgamento:

Cabe advertir, por necessário, considerada a essencialidade da garantia constitucional da plenitude de defesa e do contraditório, que a Constituição da República estabelece, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se viabilize a possibilidade de imposição, a determinada pessoa ou entidade, de medidas consubstanciadoras de limitação de direitos.

Impende assinalar, bem por isso, na linha de decisões que já proferi nesta Corte (RTJ 183/371-372, Rel. Min. CELSO DE MELLO – AI 306.626/MT, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), que o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer pessoa (inclusive das pessoas estatais), não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois

o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público de que resultem, como no caso, consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais exige a fiel observância do princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV), consoante adverte autorizado magistério doutrinário (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. 1/65-66, 1997, 2a ed., Saraiva; PINTO FERREIRA, “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. 1/176 e 180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, “O Direito à Defesa na Constituição de 1988”, p. 71/73, item n. 17, 1991, Renovar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, “O Direito à Defesa na Constituição”, p. 47/49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 2/280-285, 2004, 3a ed., Saraiva; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 686/688, 25a ed., 2012, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 443/456, 9a ed., 2008, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, DÉLCIO BALESTERO ALEIXO e JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 108/109 e 767/768, 39a ed., 2013, Malheiros, v.g.). (Trecho do voto proferido pelo Min. Celso de Mello na **Ação Cível Originária n. 2506 AgRg/DF**)

Não é demasiado fazermos um paralelo dessa questão com o pronunciamento do STF no julgamento envolvendo o depósito prévio para os recursos administrativos em que o Ministro Joaquim Barbosa, tratando do direito de petição, reconheceu que a exigência representava uma violação a esse direito:

É comum, nos dias de hoje, a afirmação, de constitucionalistas americanos, de que o direito de petição contra órgãos do próprio executivo deve ser visualizado de acordo com as funções exercidas por este poder.

Com efeito, várias atividades do executivo se assemelham às atividades exercidas pelo Judiciário. Historicamente isso se explica. Antes da consagração, em diversos sistemas constitucionais, do sistema de separação de poderes, funções executivas e judiciais se confundiam. Ou seja, embora a Administração possua uma série de atividades em que o direito de petição não pode impedir sua margem de manobra, em outras, como nos procedimentos administrativos, o direito de petição se impõe como direito fundamental e inafastável. (Trecho do voto proferido pelo Min. Joaquim Barbosa no Recurso Extraordinário n. 389.383/SP, DJ: 29 jun. 2007)

Esse mesmo direito de petição é assegurado nos processos administrativos tributários e o impedimento de análise de constitucionalidade da norma impugnada o fere de morte.

Dessa forma, se a discussão posta num determinado processo administrativo disser respeito à constitucionalidade de determinada norma, não pode o órgão de julgamento se furtar à sua análise. A negativa perpetrada pelos órgãos de julgamento administrativos representa uma negativa de prestação de tutela jurisdicional, em evidente desvio de finalidade e afronta ao devido processo legal.

Certo é, porém, que nem todas as competências das quais são imbuídos os juízes podem ser estendidas a qualquer outro órgão jurisdicional. Isso porque determinadas funções são constitucionalmente atribuídas a determinados tribunais, como a declaração de inconstitucionalidade de normas com efeito *erga omnes*. Essa competência está disciplinada pela Constituição Federal em seu art. 102, que assim dispõe:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...].

Mas ponhamos atenção no fato de que este corte no exercício da jurisdição não é apenas para os órgãos de julgamento administrativos, mas também para os órgãos de julgamento judiciais. Quer-se dizer com isso que todos os órgãos que exerçam atividade jurisdicional podem sofrer limitações, e a declaração de inconstitucionalidade com efeito *erga omnes* é uma delas.

Isso não significa dizer que os órgãos de julgamento administrativos não podem analisar e proferir decisão com base em inconstitucionalidade de normas; muito pelo contrário, quer-se demonstrar que todos os órgãos de julgamento podem sofrer limitações sem que isso lhe retire a característica de um órgão jurisdicional.

Avançando ainda sobre essa questão, podemos verificar que os órgãos de julgamento administrativos, em determinadas oportunidades, acabam por analisar a constitucionalidade de normas, sem fazê-lo de forma aparente. Referimo-nos às situações em que os tribunais administrativos estaduais convalidam autos de infração lavrados com a finalidade de glosar créditos tributários decorrentes de benefícios fiscais concedidos por outros estados da federação,

cuja norma não esteja amparada por autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz).

Tal conclusão é alcançada na medida em que, para que a lei concessiva do benefício fiscal fosse declarada inconstitucional, deveria o estado que se sentisse lesado ingressar com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) para vê-la afastada e, com isso, não mais produzir efeitos.¹¹ No entanto, o que os estados fazem é, verificando que a norma concessiva do benefício fiscal está em desacordo com a Constituição Federal e a Lei Complementar (LC) n. 24/75, lavrar autos de infração para glosar os créditos dos quais o contribuinte se apropriou com base naquela norma. E esses autos de infração são todos convalidados por decisões de órgãos de julgamento administrativos.

Pergunta-se então: esses órgãos não estão mantendo os autos de infração tomando como base a inconstitucionalidade de uma norma? Por certo que sim; mas não o fazem declarando a inconstitucionalidade de forma expressa. Admitimos, com isso, que os órgãos de julgamento administrativos (no caso citado, os estaduais), no exercício da sua jurisdição, já analisam a constitucionalidade de normas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As disposições anteriores nos permitem concluir que as normas que regem os processos administrativos regulam efetivamente processo e não procedimento, cujos institutos são distinguidos pelas características que os cercam.

11 “I. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL QUE INSTITUI BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO INTERESTADUAL PRÉVIO. OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, g, DA CF/88. II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORÁIS. 1. A instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS só pode ser realizada com base em convênio interestadual, na forma do art. 155, §2º, XII, g, da CF/88 e da Lei Complementar nº 24/75. 2. De acordo com a jurisprudência do STF, o mero diferimento do pagamento de débitos relativos ao ICMS, sem a concessão de qualquer redução do valor devido, não configura benefício fiscal, de modo que pode ser estabelecido sem convênio prévio. 3. A modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade decorre da ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, uma vez que a norma vigorou por oito anos sem que fosse suspensa pelo STF. A supremacia da Constituição é um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade, sendo insuscetível de ponderação por impossibilidade lógica. 4. Procedência parcial do pedido. Modulação para que a decisão produza efeitos a contar da data da sessão de julgamento” (ADI n. 4481, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em: 11 mar. 2015, processo eletrônico DJE-092, divulgação: 18 maio 2015, publicação; 19 maio 2015).

Em se tratando de processo, somos levados à inevitável ideia de que a atividade de julgamento exercida pelos órgãos administrativos é atividade jurisdicional (o processo é o instrumento para o exercício da jurisdição). Assim, se de processo e de jurisdição estamos falando, somos obrigados a concluir que os processos administrativos se subordinam ao princípio do devido processo legal e do direito de petição.

Inafastável, portanto, se mostra a possibilidade de os tribunais administrativos analisarem a constitucionalidade de normas, quando os órgãos de julgamento forem provocados para tanto. Se a função que os cabe é a de julgador, inevitável é o exercício da jurisdição dentro dos limites em que posta à apreciação. Ainda, como se viu, a análise de constitucionalidade já é exercida pelos tribunais administrativos, sem que se faça de modo expresso.

Mas se havia qualquer dúvida a respeito dessa competência dos órgãos de julgamento administrativos, estas foram extintas, ou no mínimo minimizadas, com a edição do NCPC, quando previu a aplicação das regras processuais judiciais também para os processos administrativos. E se normas regulamentadoras do processo administrativo preveem limitação aos tribunais administrativos de analisarem constitucionalidade de atos normativos, resta-nos concluir que essas normas não mais são compatíveis com o ordenamento jurídico.

A NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

Alexandre Gindler de Oliveira

Guilherme Barnabé Mendes Oliveira

1. INTRODUÇÃO

Com o advento do Novo Código de Processo Civil (NCPC) e, por conseguinte, com as inovações por ele trazidas, os operadores do direito, incansáveis questionadores de dogmas, debruçaram-se sobre os temas aparentemente polêmicos que, a partir de então, passaram fazer parte do ordenamento jurídico pátrio. Dentre tantas mudanças, para o presente estudo elegeu-se uma que, apesar de ter sido expressamente incorporada às frias palavras da lei, há tempos vem assombrando o sistema processual brasileiro: a necessidade de fundamentação das decisões.

Com efeito, tal questão, desde a promulgação da Constituição Federal atual, ganhou *status* de garantia constitucional e, assim, conquistou espaço nas discussões acadêmicas, judiciais e administrativas acerca de direito processual. Sua ausência passou a ser interpretada como verdadeira negativa de prestação jurisdicional, bem como o devido processo legal, além do contraditório, passou a contar com mais uma exigência: o direito da parte em ser ouvida, ou melhor, o direito da parte de ver seus argumentos considerados (positiva ou negativamente) pela autoridade julgadora.

Paralelamente à aplicação desse princípio nos processos judiciais, qualquer que seja sua natureza, não se pode deixar de notar que, pela aplicação subsidiária ou supletiva das regras processuais aos processos administrativos, comumente manejados na seara tributária, as decisões também desses incidentes contam com essa

exigência para se sustentarem validamente no sistema em que estão inseridas. A defesa, portanto, da fundamentação das decisões como base de suas respectivas validades – seja em processo judicial, seja em processo administrativo – consubstancia, em suma, o objetivo deste estudo.

2. O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Constituição Federal de 1988

O direito é um sistema de normas jurídicas válidas que regulam a conduta dos homens, sendo certo que o fundamento de validade de uma norma é a validade de outra, ou seja, uma norma apenas é válida por possuir suporte em uma norma superior, até se chegue à norma hipotética fundamental que pressupõe a validade de todo o sistema.¹ E como norma fundamental se tem a Constituição Federal, a qual legitima tanto as leis quanto as normas individuais e concretas.

Dentro dessa cadeia normativa escalonada, na qual a Constituição está no topo, existem normas superiores dentro de seu próprio corpo, as quais, por conferirem as diretrizes do ordenamento jurídico, são chamadas de princípios. Segundo o ensinamento do professor Paulo de Barros Carvalho,²

os princípios aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas. Exercem eles uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença.

Na mesma linha, o professor Roque Antonio Carrazza³ ensina que

princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

1 Kelsen, Hans. *Teoria pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 215.

2 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 158.

3 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Dentre os diversos princípios existentes na Magna Carta, deve-se destacar, neste particular estudo, o princípio da fundamentação das decisões judiciais, o qual pode ser apreendido pela leitura do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. A norma constitucional determina, portanto, que uma decisão não fundamentada é nula, de forma que o intérprete da lei, se proferir uma decisão desse jaez, estará agindo fora do manto do Estado Democrático de Direito. E a não observância de tal *linha diretiva* é apenada, pela própria norma fundamental, com respectiva incapacidade (da norma concreta e individual) de atingir validade e eficácia junto a seus sujeitos

Como se não bastasse, na CF/88 estão as principais garantias fundamentais de todo e qualquer cidadão, lá estabelecidas, dentre outros objetivos, com o fito de se constituir uma sociedade justa (art. 3º, inciso I). Entre os incisos do art. 5º, destaca-se que, no Brasil, não haverá juízo ou tribunal de exceção (inciso XXXV), ou seja, vigera o Estado Democrático de Direito, o qual se estrutura no monopólio da violência exercida pelo Estado e, conseqüentemente, no seu dever/poder de exercer a jurisdição, a qual, por sua vez, pressupõe a clareza daquilo que se decide.

Assim, não se pode perder de vista que uma decisão de mérito, seja em processo judicial, seja em processo administrativo, por consubstanciar uma suposta solução provocada por sujeitos inseridos em insuperável conflito de interesses, é uma importante manifestação do Estado: é o verdadeiro exercício do monopólio da violência, mostrando-se, assim, claramente necessário que o agente que a profira esclare como chegou a determinada conclusão para o caso concreto para si apresentado. Agir sem essa clareza é agir de maneira totalitária e, assim, sem legitimidade, na medida em que atua fora da competência emanada por todo o povo (parágrafo único do art. 1º da CF/88).

Além das decisões necessitarem ser claras, destaca-se que elas devem ser construídas sobre um contraditório efetivo (art. 5º, inciso LV, da CF/88), o que, mais que o direito de manifestação, representa o notório direito de ser ouvido. Sobre o reconhecimento judicial desse direito de se fazer ouvir, vale destacar a conhecida decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que consignou que “o exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica” (Pleno. MS 24.268-0-MG. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ: 17 set. 2004).

Nessa decisão, o Ministro Gilmar Mendes explica que

há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma “pretensão à tutela jurídica (Comentário à Constituição de 1967/69, tomo V, p. 234)” e que “não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado”. Apreciando o chamado “*Anspruch auf rechtliches Gehör*” (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – BverfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver também, Pieroth e Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, *Einführung in das Staatsrecht*, 3ª edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364).

Conclui, assim, o Ministro Gilmar Mendes que

sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtenspflicht*) pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Ermäugungspflicht*) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, vol. IV, nº 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional – BverfGE 11, 218 (218)/Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, vol. IV, nº 97).

Sobre o tema, ainda, temos as sábias palavras do doutrinador Alexandre Freitas Câmara,⁴ para o qual

sempre foi da cultura do processo civil brasileiro admitir-se a prolação de decisões fundadas em argumentos de direito que não tivessem sido submetidos a debate prévio. Era o que se extraía da clássica parêmia da *mibi factum, dabo*

4 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 11-12.

tibi ius (“dá-me os fatos que te darei o direito”). Era o que tradicionalmente se acreditou que a incumbência das partes era apresentar ao juízo os fatos da causa, cabendo ao órgão jurisdicional estabelecer o direito aplicável. Ocorre que esta é uma forma de atuar incompatível com o Estado Constitucional, já que presa à ultrapassada ideia de que o processo serve apenas para que o Estado dê solução às causas que lhe são submetidas, construindo os resultados de forma solipsista. Este juiz solipsista, egoísta, que constrói a decisão judicial sozinho, é incompatível com o Estado Democrático de Direito, o qual exige que o exercício do poder estatal se dê de forma coparticipativa, já que a participação da sociedade é um dos elementos integrantes dessa forma de Estado expressamente estabelecida pela Constituição da República. Assim só é constitucionalmente legítima (ou, dito de outro modo, só é democrática) a decisão judicial construída em contraditório por todos os participantes do processo, os quais incumbe debater todo e qualquer possível fundamentação da decisão judicial.

Percebe-se, portanto, que o princípio do dever de fundamentação, além de expresso no mencionado art. 93, inciso IX, da CF/88, é construído também, de maneira implícita, pelos princípios do Estado Democrático de Direito, sendo manifestado, basicamente, por meio de decisões claras e derivadas de um contraditório efetivo, cuja dialeticidade transcende os fatos para atingir, igualmente, as teses jurídicas.

2.2 Novo Código de Processo Civil

Embora a Constituição Federal seja hierarquicamente superior às leis e às decisões judiciais, na prática, infelizmente, é muito comum encontrar graves distorções, em que se privilegia a aplicação do direito mais próximo em detrimento das determinações constitucionais. Não é difícil encontrar, por exemplo, especialmente em repartições tributárias municipais, a prevalência de portarias sobre as garantias fundamentais. Diante dessa constatação empírica, cada vez mais se tem encontrado normas inferiores com verdadeiras reproduções do texto de normas superiores, deixando incontestemente, aos respectivos súditos, que os princípios constitucionais estão efetivamente incorporados e respeitados.

Neste sentido, vê-se a reprodução *ipsi literis* do supramencionado art. 93, inciso IX, da CF/88 no art. 11 do NCPC: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de

nulidade”. Nesse documento legislativo, além de se verificar o respeito ao modelo constitucional de processo civil, percebe-se a sua constatação de maneira explícita, por exemplo, nas normas fundamentais do processo civil (título único do livro I), as quais criam os chamados princípios legais, consubstanciados pela reprodução, muitas vezes, dos princípios constitucionais.

Além de manifestado no art. 11, o princípio da fundamentação das decisões também pode ser compreendido, por exemplo, pela leitura dos art. 371⁵ e 489⁶ do NCPC. Ou seja, além de o juiz ter de apreciar as provas constantes nos autos e indicar as razões da formação de seu convencimento, as suas decisões devem respeitar um mínimo de fundamentação e não incidir em uma das hipóteses do § 1º do art. 489, o qual serve como regulamentação do princípio de fundamentação.

Sobre o assunto, a professora Aurora Tomazini de Carvalho⁷ explica que

até o advento do novo Código, mais especificamente, do art. 489, §1º (objeto deste estudo) não existia, no ordenamento jurídico brasileiro, dispositivo regulamentando o que se considerada, para fins de anulação ou revisão, uma

5 “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

6 “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

7 CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito Tributário e os novos horizontes do processo*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 144.

“decisão não fundamentada” (uma das funções deste novo dispositivo, no nosso entender).

Na mesma linha, o já citado doutrinador Alexandre Freitas Câmara⁸ considera que

o CPC exige, concretizando o princípio constitucional, uma fundamentação substancial das decisões. Não se admite a prolação de decisões falsamente motivadas ou com “simulacro de fundamentação”. É o que se dá nos casos arrolados no §1º do art. 489, o qual enumera uma série de casos de falsa fundamentação, as quais são expressamente equiparadas às decisões não fundamentadas (FPPC, enunciado 303: “As hipóteses descritas nos incisos do §1º do art. 489 são exemplificativas”).

Percebe-se, portanto, da leitura do mencionado § 1º do art. 489 que uma decisão será considerada não fundamentada quando não explicar (incisos I e II), justificar (inciso III), identificar (inciso V) e demonstrar (inciso VI), ou seja, aquelas que não são claras ou que são prolatadas sem observância ao contraditório efetivo (inciso IV).

Assim, não se pode considerar uma decisão fundamentada a que “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida” (inciso I), ou seja, aqueles atos decisórios que se limitam a indeferir determinado pedido de tutela de urgência por considerar ausentes a probabilidade do direito e o perigo de dano são atos supostamente nulos, já que falsamente fundamentados, pois pecam, principalmente, pela falta de identificação das razões de decidir com os pedidos concretamente lançados.

Também se pode considerar sem fundamentação a decisão que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” (inciso II). Ou seja, todas aquelas que meramente deferem ou indeferem pedidos sem enfrentar adequadamente o motivo pelo qual foram provocadas (como “indefiro o levantamento, haja vista o interesse público” ou “indefiro, posto que desproporcional a medida”) são carecedoras de fundamentação, mostrando-se totalitárias e, portanto, em desconformidade com o Estado Democrático de Direito. De igual forma, tem-se por não fundamentada a decisão que

8 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 14.

“invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão” (inciso III), já que prescinde, assim, da necessária identificação do caso concreto submetido à análise do julgador.

Será considerada nula, ainda, a decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (inciso IV), na medida em que lacônica quanto à formulação da síntese, em cotejo de tese e antítese.

Conforme exposto, mais que o direito a um devido processo legal, mais até que o direito de petição, o jurisdicionado, em verdade, tem o direito de ser ouvido, isto é, de ter todos os seus argumentos lidos e considerados, um a um. E, mais, segundo Câmara⁹

é direito da parte ver na decisão que lhe é desfavorável a exposição dos motivos que levaram à rejeição de todos os fundamentos que suscitou em seu favor. Só assim se poderá afirmar que sua participação no processo de formação da decisão foi relevante, que ela foi ouvida (ainda que não tenha sido atendida) e, portanto, que foi plenamente respeitada sua participação em contraditório.

Nesse sentido, não tem validade, também, a decisão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (inciso V). Ora, com base nesse dispositivo, a obrigação de identificar o caso concreto com o precedente ou súmula se tornou exigível, tolhendo, acertadamente, menções genéricas e infundadas de ementas ou súmulas até então utilizadas para expressar convicções preestabelecidas dos interpostos julgadores.

Por fim, será considerado nulo todo ato decisório que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (inciso VI). Em outras palavras, para que se afaste súmula, jurisprudência ou precedente de determinado caso concreto, terá o julgador que se valer do *distinguishing* (demonstração da distinção do caso concreto com súmula, jurisprudência ou precedente apontado) ou do *overruling* (demonstração de que o entendimento apontado em súmula, jurisprudência ou precedente apontado está superado).

9 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 15.

2.3 Duração razoável do processo

Pode-se afirmar, em resumo, que a fundamentação de uma decisão é a demonstração precisa dos motivos que levaram o julgador a proferi-la da maneira escolhida. É a superação de fundamentações formais, fictas e falaciosas e a verificação da verdadeira justificativa aplicada ao caso concreto. O NCPC busca, assim, o aperfeiçoamento das decisões judiciais, regulamentando, para tanto, o dever de fundamentação.

Nessa toada, além da alteração sensível dos notórios elementos essenciais da sentença, a inovação legislativa trouxe ainda mudança importante no que se refere ao relatório dos atos decisórios, que deverá conter a correta identificação do caso.

Além dos novos princípios processuais (como o da cooperação, estabelecido no art. 6º do NCPC), é de se destacar que as novas normas processuais, já vigentes atualmente, contribuíram para razoável modificação do sistema anterior. Ao determinar, por exemplo, que se identifique o caso concreto no relatório das sentenças judiciais, o legislador obriga os intérpretes da lei a delimitarem **a causa** de pedir ao decidir, muito além, portanto, do mero pedido.

Esse dever de identificação da causa de pedir e a respectiva regulamentação da fundamentação são de extrema importância para o sucesso das novas relações jurídicas processuais, especialmente porque baseadas, a partir de agora, na aplicação de precedentes como delineadores direitos e deveres processuais. Neste sentido, a professora Aurora Tomazini de Carvalho¹⁰ brilhantemente alerta que

quando o aplicador produz norma individual e concreta, resultante da aplicação, ele diz qual é o fato e diz qual é o direito. A linguagem produzida positiva suas escolhas, por meio dela temos acesso à decisão, o que possibilita o controle de sua valoração. Como já vimos, a tomada de posição sobre o fato e sobre a norma a ser aplicada é um ato valorativo, mas não desregrado. De acordo com os critérios estabelecidos pelo próprio sistema é vedado ao aplicador constituir o fato jurídico com base em elementos diversos dos constantes na linguagem das provas admitidas, assim como também lhe é vedado construir a norma a ser aplicada sem a devida identificação de lei (suporte físico do direito positivo). O controle da decisão é

10 CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito Tributário e os novos horizontes do processo*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 157.

feito pela objetivação dos valores constantes no ato de aplicação, por isso, a necessidade de sua fundamentação.

Julgar dessa maneira – isto é, sem elucidar adequadamente, por meio de um contraditório efetivo, as razões pela qual se chegou à conclusão de que determinado pedido procede ou não – é proferir decisão nula. Assim, até mesmo pelo próprio impedimento que tal ato causa na apreciação de mérito nas instâncias superiores, sua reforma é de mister, com a determinação, por essas instâncias, de que novo ato decisório seja proferido, desta vez de forma legal, constitucional e conforme o Estado Democrático de Direito.

Percebe-se nessa constatação, então, que o dever de fundamentação das decisões está intimamente ligado ao princípio da duração razoável do processo, o qual compreende, em essência, a busca por atos praticados de maneira mais robusta, a fim de que sejam verdadeiramente eficazes, evitando reformas desnecessárias e obstáculos formais ao objetivo principal: a distribuição da justiça.

3. ENUNCIADOS DA ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Com o início de vigência do NCPC, a aplicação de muitas de suas inovações inquietava os operadores do direito. Nada mais normal, já que é da natureza humana a preocupação com o desconhecido e a desconfiança de seus desdobramentos.

Nesse cenário, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), com especial intuito de acalmar os ânimos e evitar distorções interpretativas, antecipou-se e, por meio de preciosos estudos, construiu e divulgou seus enunciados: uma verdadeira orientação para uniforme aplicação da nova legislação dentro de um sistema concreto preexistente. Assim, com segurança, grande parte dos julgadores tem pautado suas decisões nesses enunciados, de forma que, por relação direta com o presente tema, uma detida análise de alguns deles é imprescindível para este estudo.

3.1 Enunciado 9

O Enunciado 9 assim dispõe:

É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de

distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.

Embora se tenham, com esse pronunciamento, reconhecido as exigências legais de fundamentação das decisões, a ideia dos intérpretes da lei para fazer valer a norma cogente do art. 489 do NCPC foi delegar às partes envolvidas em processo litigioso o ônus de demonstrar a ocorrência de *distinguishing* ou de *overruling*. No entanto, apesar de recomendável, tal delegação não consubstancia a melhor interpretação dos dispositivos legais, principalmente porque não há lacuna que eventualmente possa ser preenchida por meio deste ato de mera orientação.

O NCPC, nessa determinação, é claro e não admite emendas: cabe ao julgador prezar pela demonstração da distinção do caso concreto com súmula, jurisprudência ou precedente apontado, bem como pela demonstração de que o entendimento em súmula, jurisprudência ou precedente apontado está superado.

3.2 Enunciado 10

O Enunciado 10 assim dispõe: “A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa”.

Em brilhante interpretação, esse enunciado consegue deixar explícita a essência do *mens legis* que originou o Código de Processo Civil (CPC): o dever de fundamentação deve abarcar o contraditório efetivo, levando-se em conta tese e antítese para, em conclusão, construir a síntese.

3.3 Enunciado 11

O Enunciado 11 assim dispõe: “Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332”.

A adoção de precedentes como diretrizes norteadoras das decisões é relevante mudança trazida pelo NCPC. Não obstante, até pela formação jurídico-cultural brasileira fundada no *Civil Law* (isto é, no direito positivo), há de se amadurecer a compreensão de um sistema baseado em precedentes judiciais (*Common Law*) antes de aplicar, irrestritamente, os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do NCPC.

Justamente com esse intuito sobreveio o enunciado sob comento. Ao qualificar determinadas decisões como “precedentes”, busca-se a uniformização da

jurisprudência dos tribunais superiores, evitando-se a pulverização de decisões de instâncias inferiores, cujos entendimentos, atualmente, apresentam grande campo de variação. Todavia, uma vez alcançada suficiente maturidade, não se recomenda que essa interpretação remanesça inalterada. Diversas outras hipóteses, em tese, poderão num futuro próximo valer como precedentes judiciais, desde que, claro, construídos pelos princípios da isonomia e da segurança jurídica, respeitando o devido processo legal.

3.4 Enunciado 12

O Enunciado 12 assim dispõe: “Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante”.

Ao que parece, a aplicação irrestrita dessa orientação interpretativa pode causar o aumento de um fenômeno que, com a reforma legislativa, se estava tentando combater: a proliferação de decisões *prêt-à-porter*, isto é, decisões que de tão vagas e genéricas podem ser utilizadas em todo e qualquer caso. Apesar disso, é mais salutar acreditar que, ao contrário, a verdadeira intenção dessa recomendação seja garantir a razoável duração do processo, sem que o julgador fique eternamente vinculado a esclarecer minúcias de questões já rechaçadas anteriormente.

3.5 Enunciado 13

O Enunciado 13 assim dispõe: “O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios”.

Ao que parece, salvo melhor juízo, essa orientação atenta contra o âmago da própria reforma processual, já que abre a possibilidade ao julgador de evitar o exercício da técnica de *distinguishing* ou de *overruling*. A formação dos precedentes obrigatórios é tão importante quanto a identificação, no caso concreto e diante dos fundamentos jurídicos invocados pelas partes, do respectivo precedente.

3.6 Enunciado 19

O Enunciado 19 assim dispõe:

A decisão que aplica a tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma,

sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no art. 489, § 1º, do CPC/2015, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada.

Tanto quanto no item anterior, há de se ter em mente que fundamentação sucinta não se confunde com ausência de fundamentação. Assim, também nesse enunciado, percebe-se a construção de uma saída ao julgador com o fito de evitar o exercício da técnica de *distinguishing* ou de *overruling*, de forma que sua aplicação merece toda cautela, sob pena de comprometer a desejada reforma do sistema jurídico-processual.

3.7 Enunciado 47

O Enunciado 47 assim dispõe: “O art. 489 do CPC/2015 não se aplica ao sistema de juizados especiais”.

Fica evidente nessa orientação interpretativa que, apesar dos esforços em sentido contrário, os operadores do direito ainda encontram dificuldade em equacionar o razoável tempo de duração do processo com o dever de fundamentação das decisões. Sacrificar o segundo para enaltecer o primeiro é, sem dúvida, uma falácia com consequências desastrosas e severas. É um verdadeiro absurdo imaginar a aplicação de um enunciado nesse sentido, quando o dever de fundamentação é uma determinação constitucional, que apenas encontra regulamento na legislação ordinária.

4. DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

4.1 Aplicação subsidiária do NCPC aos processos administrativos

Inicialmente, destaca-se que o NCPC possui um dispositivo expresso (art. 15) no sentido de que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Verifica-se, assim, que o NCPC determina de maneira expressa a sua aplicação como supletiva (ausência de norma reguladora na legislação do processo administrativo tributário e, portanto, sua total aplicação) e subsidiária (pequena regulamentação na legislação do processo administrativo tributário e, portanto, a complementação da regulamentação) ao processo administrativo tributário.

Diante dessa constatação, parece ter sido solucionada a discussão sobre a juridicidade dos órgãos administrativos de julgamento, na medida em que, por disposição expressa, os processos administrativos deverão respeitar as normas processuais. Nesse sentido, os professores Paulo César Conrado e Rodrigo Dalla Pria¹¹ explicam que

Os órgãos de julgamento integrantes do contencioso administrativo tributário exercem, no desempenho de suas funções, atividade jurisdicional, e não propriamente administrativa; longe de construírem (ou reconstruírem) o crédito tributário administrativamente debatido, eles examinam a pretensão deduzida no instrumento de provocação que os impulsiona a agir (no mais das vezes, produzido pelo contribuinte). Sua atividade antes de vinculada à arrecadação (nada tendo, portanto, com a noção de “cobrança”), é marcada pela premissa da antiexacionalidade, vocábulo forjado na intenção de definir os instrumentos processuais destinados a avaliar se a exigibilidade de dado crédito tributário deve ou não subsistir. Como o judicial, o processo administrativo pode e deve ser visto como instrumento da jurisdição, portanto.

Por fim, faz-se necessário lembrar que a aplicação supletiva e subsidiária se dá apenas com relação às normas processuais, e não às procedimentais, posto que só as primeiras (ligadas ao princípio do devido processo legal) regulam a atividade jurisdicional.

4.2 Dever de fundamentação no processo administrativo tributário

Diante do anteriormente exposto, percebe-se que a aplicação supletiva e subsidiária do NCPC ao processo administrativo tributário, no tocante ao dever de fundamentação, é cogente; afinal, o dever de fundamentação é pressuposto do próprio exercício de jurisdição.

Sobre o tema verifica-se, por exemplo, a decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), a qual no início do ano de 2016 proferiu decisão no seguinte sentido:

11 CONRADO, Paulo César; PRIA, Rodrigo Dalla. Aplicação do Código de Processo Civil ao processo administrativo tributário. In: CONRADO, Paulo César; ARAÚJO, Juliana Furtado Costa (Coord.). *O Novo CPC e seu impacto no Direito Tributário*. São Paulo: Fiscosoft, 2105. p. 250.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2000

NULIDADE DE ACÓRDÃO DA TURMA A QUO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

Com base no inciso IX do art. 93 da Constituição Republicana de 1988 e nos arts. 131, 165 e 458, II, do CPC, é nulo, por ausência de fundamentação, o Acórdão no qual a maioria dos conselheiros acolher apenas a conclusão do voto do relator e não estiverem escritos os fundamentos adotados pela maioria dos conselheiros, em declaração de voto ou por reprodução, pelo relator, no seu voto e na ementa do acórdão, desses fundamentos majoritários. (Processo 16327.002142/2005-81, Acórdão 9101-002.179, Recurso Especial do Procurador, Cons. Rel. Rafael Vidal de Araujo, DJ: 19 jan. 2016)

De todo o exposto, não há como negar que a necessidade de fundamentação das decisões é claramente aplicável ao processo administrativo tributário, sendo, portanto, obrigatório que os órgãos administrativos de julgamento, como os judiciais, fundamentem suas decisões nos termos elucidados neste estudo, sob pena de inarredável nulidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode negar a suma importância de o poder judiciário e os tribunais administrativos proferirem decisões fundamentadas, posto que, agindo assim, além de respeitarem o dispositivo constitucional expresso sobre o tema e o NCPC, estarão julgando em conformidade com a democracia e com os princípios do contraditório, do devido processo legal e da duração razoável do processo.

Embora o dever de fundamentação do NCPC esteja em total harmonia com os princípios e os deveres constitucionais, percebe-se, na prática, que ainda há resistência quanto à sua aplicação. Assim, se torna imprescindível a necessidade de fomentar a discussão, especialmente aos advogados, cuja capacidade postulatória garante a provocação da jurisdição em oposição à inércia, visando melhorar a qualidade das demandas judiciais e administrativas tributárias e combater ativamente as decisões minimalistas.

A garantia de prevalência dessa garantia constitucional é, em última análise, a defesa do Estado Democrático de Direito, de forma que sua observação, como insistentemente defendido neste estudo, é inafastável, seja em processos judiciais (de toda e qualquer natureza), seja em processos administrativos (majoritariamente de natureza tributária).

A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Felipe Schmidt Zalaf

1. INTRODUÇÃO

A prescrição traz vários efeitos com sua aplicabilidade, que força as partes interessadas a agir antes de sua consumação. Uma vez concretizada a prescrição, o eventual direito, que deveria ser pleiteado e combatido, cairá por terra, devendo seu titular buscar outras soluções ou lamentar-se diante de sua inércia.

Uma forma de prescrição é a intercorrente, a qual impera dentro de um processo, fazendo com que as partes nele inseridas percorram seu trâmite sempre com a régua temporal sob suas ações ou omissões. O presente artigo tem o desafio de demonstrar como este instituto do direito privado pode interferir no tramitar de um processo fiscal tributário, no qual uma das partes sempre será de direito público – a administração pública.

2. PRESCRIÇÃO

A doutrina é pacífica quanto à definição da prescrição como a “perda do direito de ação”. Essa simples definição traz ao operador do direito muitas consequências, as quais em sua maioria permitem a segurança jurídica. Ao lado desta, a prescrição torna-se um pilar também da ordem pública, a qual possui como um de seus fundamentos o resguardo do bem público ao particular.

Quando definimos a prescrição como a perda do direito de ação, justamente pelo fato de o seu titular não ter exercido esse direito dentro do prazo previsto, isso faz com que o seu direito esteja suscetível aos efeitos de uma das grandezas físicas mais democráticas que existem, qual seja, o tempo. Assim, por tal sorte, o sujeito passivo da relação jurídica não ficará *ad eternum* sob o receio da aplicação do direito de seu titular. Nesse sentido, se tomarmos por base que o titular de um direito tem de agir antes de determinado prazo para que o tempo não retire sua legitimidade, temos a máxima que “O direito não protege aos que dormem”.

Assim, como a prescrição nascida no âmbito do direito civil – privado – traz ao ordenamento jurídico a segurança jurídica, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu art. 5º, inciso LXXVIII, atentou-se em dizer que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A prescrição se mostra uma segurança para as relações jurídicas, proporcionando aos envolvidos tranquilidade e certeza de que aquela relação jurídica terá um fim. E, ao gerar tais efeitos, torna-se um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, trazendo à relação jurídica entre particulares, bem como àquela envolvendo o Estado, a certeza de um direito fundamental a ser resguardado, ainda mais diante da expressão constitucional constante do art. 5º da CF/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Dessa forma, a citada segurança constante na carta magna tem sentido amplo, permitindo que abranja tanto relações jurídicas processuais judiciais quanto administrativas, visto que o texto constitucional não estabelece diferenças formais entre os dois.

Ademais, há na CF/88 outras citações sobre segurança jurídica, quais sejam: (i) princípio da legalidade (art. 5º, inciso II);¹ (ii) princípio da proteção ao direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI);² e (iii) princípio ao devido processo legal (art. 5º, inciso LV).³ Seguindo esse raciocínio, considerando que a segurança jurídica está presente no texto constitucional, bem como que a prescrição traz à relação jurídica processual jurídica ou administrativa justamente essa referida segurança às partes envolvidas, denota-se que a prescrição é tida como direito fundamental e constitucional.

1 “II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]”

2 “XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...]”

3 “LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]”

Assim, a prescrição tem *status* de garantia fundamental implícita, ou seja, dentro dos princípios constitucionais relacionados alhures, bem como de aplicabilidade obrigatória, devendo ser vista de maneira absoluta.

3. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A modalidade intercorrente da prescrição atua no tramitar de um processo, permitindo que o tempo determine limitação na duração do processo em caso de inércia das partes. Em matéria tributária, a prescrição intercorrente decorre do processo executivo fiscal ajuizado, em face da inércia da Fazenda Pública diante da não localização de bens dos devedores passíveis de penhora, ou em caso de não localização dos próprios devedores.

Em julgamento do Recurso Especial nº 1.340.553, pela Primeira Seção do STJ do Superior Tribunal de Justiça (STJ), realizado pelo rito dos recursos repetitivos, consolidou-se o entendimento de que a Fazenda Pública perde o direito de exigir o crédito tributário se transcorrido o período de cinco anos contados a partir da não localização de bens.

Nessa linha, o fisco não poderá ficar *ad eternum* na expectativa de cobrar os contribuintes devedores num processo de execução fiscal. Afinal, como mencionado anteriormente, tal situação iria contra os princípios constitucionais da celeridade e da duração razoável do processo, expressos no art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88.

Em reflexo, a linha temporal acaba beneficiando os contribuintes devedores de um modo geral, pois a Fazenda teria um processo vazio e sem qualquer efeito prático. Dessa forma, o crédito tributário ali cobrado terá de ser extinto, e o feito, arquivado.

Assim, um dos meios de defesa utilizados pelos contribuintes devedores executados é a exceção de pré-executividade, na qual poderá pleitear justamente a prescrição intercorrente para efeito prático de extinção do feito, com base no art. 156, inciso V, do Código Tributário Nacional (CTN),⁴ e o cancelamento administrativo do débito executando (baixa na Certidão de Dívida Ativa – CDA), bem como a extinção dos autos da execução fiscal, independentemente da garantia do juízo.

Não obstante a via de exceção de pré-executividade, como a prescrição intercorrente é matéria de ordem pública, os contribuintes também utilizam outros meios de defesa. Porém, o que notamos com muita frequência é justamente a

4 “Art. 156. Extinguem o crédito tributário: [...] V – a prescrição e a decadência; [...]”

alegação da prescrição intercorrente por meio da exceção de pré-executividade, e não somente em sede de embargos à execução. Isso ocorre pelo fato de o contribuinte devedor não necessitar de qualquer garantia do juízo para alegação da prescrição intercorrente, tendo em vista seu efeito prático de garantia fundamental, bem como de segurança jurídica ao caso concreto.

Assim, não seria crível nem legítimo que o contribuinte, para alegar uma garantia fundamental e demonstrar a preservação da segurança jurídica, tivesse de garantir o juízo em relação a algo que seria imperioso o magistrado apreciar de plano, uma vez devidamente comprovado.

4. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO DIREITO TRIBUTÁRIO

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) harmonizou o art. 174 do CTN com o art. 40 da Lei n. 6.830 /1980, pacificando a prescrição intercorrente na execução fiscal. Dispõe o art. 174 do CTN:

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

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

- I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela LCP n° 118, de 2005)
- II – pelo protesto judicial;
- III – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
- IV – por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Com o advento da Lei n. 11.051 /2004, trouxe o seu art. 6º a previsão da prescrição intercorrente, visto que acrescentou ao art. 40 da Lei n. 6.830 /1980 o § 4º:

Art. 40 – O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. [...]

§ 4º – Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

A prescrição intercorrente só será consumada após a citação do devedor, depois do decurso de cinco anos da decisão do juiz que ordena o arquivamento da execução. O reconhecimento da prescrição poderá ser realizado de ofício, bem como poderá ser decretada de imediato, em razão da não manifestação da parte interessada após iniciada a execução.

Assim, a prescrição intercorrente necessariamente ocorrerá quando o fisco, após iniciar a execução contra o contribuinte, se mantiver inerte, sem dar curso ao procedimento judicial fiscal. Isso porque não se pode tornar imprescritível a dívida fiscal e eternizar as situações jurídicas em sede de execução. Destaca-se ainda que, em regra, o prazo prescricional é de cinco anos, por expressão do próprio CNT no artigo 173,⁵ e não por estipulação da Lei de Execuções Fiscais (LEF) ou da Súmula 314 do STJ.⁶

Importante retomar o julgado do Recurso Especial nº 1.340.553, pela Primeira Seção do STJ, no qual o prazo de cinco anos se dará quando da não localização de bens do devedor. Provavelmente teremos em breve uma nova redação para a referida Súmula 314 do STJ.

No decorrer do processo executivo fiscal, observam-se diversas suspensões processuais fundamentadas em diferentes dispositivos, que podem ou não caracterizar a suspensão indicada no *caput* do art. 40 da LEF, que é o marco legislativo que indica o início da contagem do prazo prescricional do crédito tributário. Por tal razão, o início da contagem do prazo prescricional no decorrer dos autos de execução fiscal será a suspensão do processo estabelecida na LEF, visando afastar o sobrestamento da execução por tempo indefinido.

Daí verificamos que, conforme mencionado anteriormente, resta ao contribuinte alegar a prescrição intercorrente por meio da exceção de pré-executividade, tendo em vista se tratar de uma garantia fundamental e de segurança jurídica ao caso concreto.

5. A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO NCPC

Compartilhar

Neste ponto, no qual absorvemos os significados e as importâncias do instituto da prescrição e de sua forma intercorrente, bem como seus impactos nos

5 “Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos [...]”

6 “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente” (Súmula 314, 1ª Seção, julgado em: 12 dez. 2005, DJ: 8 fev. 2006).

processos fiscais aos olhos do direito tributário, não podemos deixar de lado como o NCPC abarca tais conceitos.

É importante notar que a construção da prescrição intercorrente teve natureza jurisprudencial, ou seja, na prática judiciária. Por tal razão, o Código Civil, em seu art. 189, define que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição”. Ou seja, quando o direito de um titular nasce, a prescrição, por consequência, nasce também, forçando temporalmente o direito do titular para que seja consumado antes de ser extinto.

Como a prescrição é matéria de ordem pública, poderá ser invocada de ofício por meio da exceção de pré-executividade, ou seja, uma das possibilidades de sua arguição no processo (tanto de cumprimento de sentença quanto de execução). Nesse raciocínio, a exceção de pré-executividade também será cabível nos casos de alegação de prescrição intercorrente, por essa ser passível de conhecimento de ofício e não depender de dilação probatória. Nessas situações, vemos que o credor, no caso presente o fisco – administração pública –, não promove medidas efetivas para cobrar seu crédito, mas somente pedidos sucessivos de suspensão do processo injustificadamente.

Contudo, como a legislação não possui uma normativa clara e certa a ponto de por uma pá de cal no tema, a construção jurisprudencial foi crucial para que os tribunais entendessem que o prazo prescricional para o cumprimento de sentença será o mesmo para o ajuizamento das ações originárias, nos termos da Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal (STF): “Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”.

Assim, no caso da execução fiscal, em que o fisco tem cinco anos para ajuizamento da ação sob pena da prescrição tributária, no tramitar do processo não se poderá deixá-lo sem qualquer movimentação pelo mesmo prazo, sob pena da prescrição processual. No mesmo sentido, se considerarmos que a execução fiscal tem um prazo de cinco anos para ajuizamento, a prescrição no seu formato intercorrente também possuirá a mesma regra temporal, ou seja, a prescrição intercorrente se dará no mesmo prazo para o ajuizamento da execução, caso o processo fique parado por esse período.

Nesse contexto, ao verificarmos o NCPC, no art. 921, § 1º,⁷ notamos certa pre-ocupação sobre o tema. Diz este que, no caso de suspensão da execução, quando o

7 “Art. 921. Suspende-se a execução: I – nas hipóteses dos arts. 313 e 315, no que couber; II – no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução; III – quando o executado não possuir bens penhoráveis; IV – se a alienação dos bens penhorados não se

executado não possuir bens penhoráveis, “o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano, durante o qual se suspenderá a prescrição”. O mesmo artigo, em seu parágrafo 4º,⁸ diz que, após decorrer o prazo de um ano de suspensão da execução e da prescrição, “sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente”.

Partindo então desse raciocínio, o NCPC inovou ao mencionar o marco inicial para a contagem da prescrição intercorrente nas hipóteses em que houver a suspensão do processo depois de decorrido um ano sem qualquer manifestação do exequente. Assim, temos que a prescrição intercorrente terá o prazo de cinco anos a partir do primeiro ano em que o processo ficar sem qualquer manifestação fisco.

É importante mencionar que aqui se trata de manifestação expressa e robusta do fisco exequente com intuito de obter resultados processuais, e não apenas qualquer tipo de movimentação processual traduzida na prática como “pedidos de suspensões reiteradas” a pretexto de não deixar o processo parado. Nesse caso, será considerada inércia por parte do fisco exequente, pois não trará aos autos resultados processuais sólidos que legitimem a movimentação da máquina judiciária. Como um dos primados do NCPC é o princípio da não surpresa das decisões, esse raciocínio está claro no parágrafo 5º do mencionado art. 921, visto que estabelece que o “juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo”.⁹

Dessa forma, o juiz abrirá vista às partes para manifestar depois de decorrido um ano de suspensão dos autos, ocasião em que, verificando a inércia do fisco, reconhecerá a prescrição, no caso a sua modalidade intercorrente, bem como extinguirá o processo. Neste ponto, é importante mencionar que a referida intimação do parágrafo 5º diz respeito exclusivamente à observância do princípio do contraditório (garantindo assim a prerrogativa constitucional), que nada tem a ver com aquela intimação para dar andamento ao feito, mencionada nos precedentes jurisprudenciais.

Assim, a remissão do parágrafo 5º ao parágrafo 4º do art. 921, referindo-se à prévia intimação do exequente para dar andamento ao feito, trata-se apenas de

realizar por falta de licitantes e o exequente, em 15 (quinze) dias, não requerer a adjudicação nem indicar outros bens penhoráveis; V – quando concedido o parcelamento de que trata o art. 916. § 1º Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano, durante o qual se suspenderá a prescrição.”

8 “§ 4º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente.”

9 “§ 5º O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo.”

oportunidade de demonstrar causas interruptivas ou suspensivas da prescrição, em respeito ao contraditório. Pois a prescrição intercorrente flui normalmente, sendo certo que a intimação do exequente visa apenas propiciar a manifestação acerca de eventual justificativa plausível acerca da própria inércia do fisco.

Não obstante, ainda no NCPC, constam em seu art. 924, inciso V,¹⁰ as formas de extinção do processo de execução quando ocorrer a prescrição intercorrente. Tal inciso se aplicará até para as execuções em curso, ou seja, os processos em trâmite quando da entrada em vigência do NCPC. Nesse caso, a legislação processual aplica-se de imediato com sua vigência, tendo como marco inicial para a contagem do prazo exatamente a data de vigência do NCPC, conforme regra de direito intertemporal do art. 1.056.¹¹

Ratificando os pontos de vistas aqui colocados, mais uma vez comprova-se que a prescrição intercorrente é instituto legítimo para caracterizar a extinção do processo pela inércia do fisco durante o andamento do processo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, notamos que o instituto da prescrição intercorrente pode ser pleiteado pelos contribuintes nas ações fiscais nas quais o fisco permaneça inerte após um ano de suspensão do processo.

Embora não haja uma expressa normativa na esfera tributária, contamos com outros institutos normativos para corroborar e legitimar a prescrição intercorrente como embasamento de defesa via exceção de pré-executividade. Assim, tanto uma normativa quanto outra são tratadas como fonte do direito e, como tal, tornam-se legítimas hipóteses de base de incidência normativa dentro da mecânica do nosso ordenamento jurídico.

Por fazer parte integrante de nosso ordenamento jurídico, a prescrição intercorrente é ferramenta legítima de segurança jurídica e garantia fundamental constitucional de plena utilização pelos contribuintes em face da inércia do fisco.

Por fim, notamos que, como mencionado na introdução deste artigo, a prescrição intercorrente é um instituto de direito privado que pode ser legitimamente utilizado no tramitar de um processo fiscal tributário em prol dos contribuintes.

10 “Art. 924. Extingue-se a execução quando: [...] V – ocorrer a prescrição intercorrente.”

11 “Art. 1.056. Considerar-se-á como termo inicial do prazo da prescrição prevista no art. 924, inciso V, inclusive para as execuções em curso, a data de vigência deste Código.”

A DISCIPLINA DA COISA JULGADA NO NCPC: ALTERAÇÕES E IMPACTOS PARA O DIREITO TRIBUTÁRIO E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 949.297

Marcos Vinícius Passarelli Prado

Paulo de Figueiredo Ferraz Pereira Leite

1. INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil – NCPC), que entrou em vigor neste ano de 2016, trouxe diversas alterações na disciplina de variadas matérias. Dentre as alterações promovidas, o presente artigo tem como objeto analisar as que impactaram a disciplina da coisa julgada, bem como quais foram os impactos relevantes para o direito tributário, especialmente em relação aos limites temporais nas relações continuativas, considerando que esse tema foi objeto de reconhecimento de repercussão geral nos autos do Recurso Extraordinário (RE) n. 949.297.

2. ALTERAÇÕES NA DISCIPLINA GERAL SOBRE A COISA JULGADA

Ao analisarmos os art. 502 a 508 do NCPC, que trazem a disciplina geral acerca da coisa julgada, em comparação com os art. 467 a 474 do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), não sobressaem alterações relevantes. O art. 502 passou a denominar a “coisa julgada [...] a **autoridade** [em vez de eficácia] que torna imutável e indiscutível a **decisão** [em vez de sentença] de mérito não mais sujeita a recurso” (grifos nossos).

A substituição de eficácia por autoridade continua predicando a sentença, sem efeitos práticos relevantes a nosso entender. A substituição de sentença por

decisão, por sua vez, reconhece que (i) as decisões interlocutórias também podem julgar o mérito da disputa e (ii) na hipótese do art. 1.013, § 3º,¹ se a sentença não julgar o mérito, o acórdão poderá fazê-lo. No final do dispositivo, a redação foi alterada para não mais relacionar a definitividade de uma decisão ao recurso ordinário ou extraordinário, mas apenas a recurso de maneira geral, o que, apesar de produzir poucos impactos práticos, reforça a ideia de que coisa julgada está vinculada ao julgamento definitivo do mérito de um litígio, independentemente da natureza processual do ato decisório.

O art. 503 tem redação semelhante à do art. 468 do CPC/73; no entanto, traz uma importante alteração: o que delimita a coisa julgada é apenas a “questão principal expressamente decidida”. A previsão do NCPC, da forma como vemos, fez bem ao acompanhar a evolução doutrinária² sobre o assunto, no sentido de que a lide não delimita a coisa julgada, mas apenas a questão que restou decidida, pois o que é objeto da coisa julgada é a decisão judicial, e não o pedido.

Outra alteração promovida pelo art. 503 deve ser analisada em conjunto com o art. 504 e diz respeito às questões incidentais. Atendendo aos critérios de economia processual e prioridade ao contraditório que pautam todo o NCPC e em razão da extinção da ação declaratória incidental, o § 1º do art. 503, de forma semelhante ao que previa o art. 470 do CPC/73, prescreve que a questão prejudicial expressamente decidida será objeto de coisa julgada desde que: (i) dela dependa o julgamento do mérito; (ii) a seu respeito tenha havido contraditório prévio e efetivo; e (iii) o juízo tenha competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

1 “Art. 1.013 [...] § 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: I – reformar sentença fundada no art. 485; II – decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; III – constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; IV – decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.”

2 Neste sentido: “É o objeto da sentença que determina os limites objetivos da coisa julgada, restando ao objeto do processo uma influência meramente indireta, à medida que delimita a matéria a ser apreciada na sentença, e relativa, pois a sentença e, em consequência, a coisa julgada, podem ter conteúdo distinto. [...] Em realidade, ficarão abrangidas pelos limites objetivos da coisa julgada as causas de pedir que forem efetivamente apreciadas na sentença. [...] Na mesma linha, caso a sentença seja omissa a respeito de uma das causas de pedir em processo com cumulação de causas, a coisa julgada não impedirá a propositura de nova demanda em que se invoque a causa petendi omitida” (LOPES, Bruno Carrilho Vasconcelos. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 19).

Os art. 505 a 508, por sua vez, mantiveram redação semelhante à dos art. 471 a 474 do CPC/73 e a disciplina sobre: (i) a coisa julgada nas relações de trato continuado, em que a parte pode pedir a revisão da sentença se sobrevier alteração no estado de fato ou de direito (art. 505); (ii) os limites subjetivos da coisa julgada, aplicando-se às partes em litígio e não prejudicando terceiros (art. 506); (iii) a impossibilidade de rediscussão de matérias já decididas que foram objeto de preclusão (art. 507); e (iv) a impossibilidade de posterior dedução de alegações e defesas visando ao acolhimento ou à rejeição do pedido que poderiam ter sido feitos no decorrer no processo (art. 508).

As principais alterações no que diz respeito ao presente estudo, no entanto, encontram-se, na forma como vemos, na disciplina dos meios disponíveis para impugnação da coisa julgada.

3. ALTERAÇÕES NA DISCIPLINA SOBRE OS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA

3.1 *Impugnação ao cumprimento de sentença no NCPC*

Ao tratar da impugnação ao cumprimento de sentença e da impugnação ao cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, os art. 525 e 535 alteraram bastante a disciplina anterior sobre a inexigibilidade do título. Como as redações dos dispositivos são equivalentes, vamos transcrever apenas os dispositivos relativos à execução contra a Fazenda Pública, mas já ressaltando que os comentários e as conclusões se aplicam aos dois casos.

Com efeito, o art. 741, parágrafo único, do CPC/73 (que tratava dos embargos à execução contra a Fazenda Pública) previa que:

Para efeito do disposto no inciso II³ do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

O art. 535 do NCPC, por sua vez, se aprofundou mais em relação a esse tema ao prever que:

3 “II – inexigibilidade do título; [...]”

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III⁴ do caput deste artigo, considere-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

§ 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A atual disciplina adequou-se ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁵ proferido em sede de recurso repetitivo sobre o dispositivo semelhante do

4 “III – inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; [...]”

5 “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. FGTS. EXPURGOS. SENTENÇA SUPOSTAMENTE INCONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. EXEGESE. INAPLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS SOBRE CORREÇÃO MONETÁRIA DO FGTS. EXCLUSÃO DOS VALORES REFERENTES A CONTAS DE NÃO-OPTANTES. ARESTO FUNDADO EM INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. 1. O art. 741, parágrafo único, do CPC, atribuiu aos embargos à execução eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Por tratar-se de norma que excepciona o princípio da imutabilidade da coisa julgada, deve ser interpretada restritivamente, abarcando, tão somente, as sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideradas as que: (a) aplicaram norma declarada inconstitucional; (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional; ou (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional. 2. Em qualquer desses três casos, é necessário que a inconstitucionalidade tenha sido declarada em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso e independentemente de resolução do Senado, mediante: (a) declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto; ou (b) interpretação conforme a Constituição. 3. Por consequência, não estão abrangidas pelo art. 741, parágrafo único, do CPC as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação firmada no STF, tais como as que: (a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional, ainda que em controle concentrado; (b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade; (c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável; e (d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado. 4.

CPC/73 (art. 741, parágrafo único) ao prever que a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que resulta na inexecutibilidade do título deve ser proferida em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade (§ 5º) e anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda (§ 7º).

A principal alteração, entretanto, ocorreu na previsão introduzida pelo § 8º, que criou um novo termo inicial para a contagem do prazo de dois anos para o ajuizamento da ação rescisória. O art. 975 do NCPC manteve o prazo de dois anos para a propositura da ação rescisória anteriormente previsto no art. 495 do CPC/73 e alterou o termo inicial desse prazo do trânsito em julgado da decisão rescindenda para o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, prevendo como exceções: (i) decisão fundada em prova falsa, situação na qual o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de cinco anos contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo; (ii) decisão fundada em simulação ou de colusão das partes, situação na qual o prazo começa a contar, para o terceiro prejudicado e para o Ministério Público, quando não houver intervindo no processo, a partir do momento que tiverem ciência da simulação ou da colusão.

Assim, somos da opinião de que o § 8º do art. 535, bem como o § 15º do art. 525, instituem nova exceção em relação ao termo inicial da contagem do prazo para a rescisória sem qualquer limitação temporal. A fim de possibilitar a aferição da validade desse dispositivo, porém, é necessário antes analisar a disciplina atual acerca da ação rescisória.

3.2 Ação rescisória no NCPC

O art. 966 do NCPC tem redação bastante semelhante à do art. 485 do CPC/73, excluindo apenas uma hipótese que autoriza o ajuizamento (“fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseou a sentença”):

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I – se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à vigência do dispositivo. [...] 7. Recurso especial conhecido em parte e não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008” (REsp n. 1189619/PE, Rel. Min. Castro Meira, 1ª Seção, julgado em: 25 ago. 2010, DJe: 2 set. 2010, grifos nossos).

- II – for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;
- III – resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
- IV – ofender a coisa julgada;
- V – violar manifestamente norma jurídica;
- VI – for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;
- VII – obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
- VIII – for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

Como ocorrido com o art. 502, o *caput* do art. 966 substituiu a previsão de rescisão da **sentença** de mérito pela **decisão** de mérito, sem outras alterações. As hipóteses de rescisão previstas nos incisos, salvo a já mencionada hipótese excluída, permanecem as mesmas com apenas algumas alterações de redação em alguns casos.

Dentre as hipóteses previstas, a nosso ver a que gera mais impactos para o direito tributário é a descrita no inciso V (decisão que “violar manifestamente norma jurídica” em substituição à decisão que “violar literal disposição de lei” – art. 485, inciso V, do CPC/73), tendo em vista embasar o ajuizamento de ação rescisória em caso de decisão posterior do STF em sentido diverso da decisão que transitou em julgado. A alteração na redação apenas incorporou a interpretação que a doutrina majoritária realizava a partir do dispositivo do CPC/73 no sentido de que “disposição de lei” deveria ser entendida como norma jurídica⁶ e substituiu

6 Neste sentido: “O direito, e não a lei como texto, é o que se teme seja ofendido. Alguns escritores desavisados leram ‘direito expresso’ como se fosse ‘lei escrita clara’, ‘lei escrita explícita’. É grave erro. O direito de que se fala é o direito em sua consistência de revelação” (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VI. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 218); “o vocábulo lei empregado no art. 485, V, deve ser compreendido no seu mais *lato senso*, entendendo-se proferida *contra legem* a sentença definitiva contra o teor do direito escrito, de que natureza seja, material ou processual” (TUCCI, Rogério Lauria. Juiz natural, competência recursal, preclusão pro indicato, violação de literal disposição de lei e ação rescisória. *Revista dos Tribunais*, v. 94, n. 838, ago. 2005, p. 145).

a expressão “violação a literal disposição” por “violação manifesta” para adotar uma nova nomenclatura, sem efeitos relevantes.

A principal alteração sobre esse tema, no entanto, não foi introduzida nos artigos que disciplinam a ação rescisória no NCPC, mas nos já mencionados art. 525, § 15º, e 535, § 8º, que prescrevem que a declaração de inconstitucionalidade da lei que serviu de fundamento para uma decisão, em controle difuso ou concentrado, é justificativa para o ajuizamento de ação rescisória, bem como que, nessa hipótese, o prazo de dois anos será contado a partir do trânsito em julgado da decisão do STF.

3.2.1. Art. 525, § 15º, e 535, § 8º, e a instituição de nova hipótese e de novo termo inicial para ação rescisória

Como mencionado anteriormente, a previsão dos art. 525, § 15º, e 535, § 8º, do NCPC é inédita e institui nova hipótese de ajuizamento de ação rescisória, bem como termo inicial indefinido para o prazo de dois anos para o seu ajuizamento, que se consubstancia, ao final, em condicionamento *ad aeternum* da coisa julgada a uma eventual e futura decisão do STF.

Justamente por isso, surgiram vários posicionamentos doutrinários em relação à sua (in)validade:

- i. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery⁷ defendem que, se já tiver transcorrido o prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória, esse prazo não pode ser reaberto, sob pena de violação à segurança jurídica e à garantia da intangibilidade da coisa julgada. Assim, a única interpretação constitucional do dispositivo seria a de que “somente pode ser iniciado o prazo da rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão do STF, se ainda não tiver sido extinta a pretensão rescisória cujo prazo tenha-se iniciado do trânsito em julgado da decisão exequenda”.
- ii. Alexandre Freitas Câmara⁸ defende que haja uma limitação temporal para o termo inicial do prazo decadencial e propõe aplicação analógica do art. 205 do Código Civil, que trata do limite máximo dos prazos prescricionais, para que o direito à rescisão apenas possa ser exercido no prazo máximo de dez anos após o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

7 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. em e-book baseada na 16. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

8 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 477.

- iii. Heitor Sica e Rodrigo Barioni,⁹⁻¹⁰ em linha semelhante à anterior, propõem que se adote o mesmo prazo máximo de cinco anos do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo adotado para o descobrimento de prova nova (art. 975, § 2º, do NCPC).
- iv. Cassio Scarpinella¹¹ defende a inconstitucionalidade formal dos dispositivos por violação ao art. 65 da Constituição, por se tratar de regra acrescentada apenas na revisão do texto antes do envio à sanção presidencial. Entende, no entanto, que materialmente a regra introduzida pelo NCPC seria constitucional.¹²
- v. Humberto Theodoro Junior¹³ não opõe críticas aos dispositivos, entendendo que o prazo para o ajuizamento da ação rescisória realmente começaria a fluir a partir do trânsito em julgado da decisão do STF.

Dentre as posições apresentadas – esclarecendo que não nos propomos à análise acerca da regularidade do processo legislativo –, concordamos com aquela defendida por Nelson e Rosa Nery, pois a prescrição normativa dos art. 525, § 15º, e 535, § 8º, acaba por instituir situação de imprevisibilidade e indefinição, que não se coaduna com a ideia de segurança jurídica da qual, conforme já esclarecido por Geraldo Ataliba e Humberto Ávila,¹⁴⁻¹⁵ a coisa julgada é uma manifestação.

9 SICA, Heitor Vítor Mendonça. Comentários de Heitor Vítor Mendonça Sica. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 833.

10 BARIONI, Rodrigo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. (Coord.). *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2276.

11 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.

12 BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

13 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal*. 48. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3.

14 “O quadro constitucional que adota os padrões do constitucionalismo [...] de instituições republicanas [...] postula absoluta e completa previsibilidade da ação estatal pelos cidadãos e administrados” (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 171).

15 “O que posso dizer é que a segurança jurídica, na teoria que estou aqui defendendo, é um princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do Direito, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade do jurídico-racional de estruturas argumentativas, com instrumento garantidor

Afinal, a coisa julgada é um dos instrumentos assegurados pela Constituição para a concretização da segurança jurídica ao evitar que as demandas judiciais se perpetuem e garantir uma resposta aos jurisdicionados, cuja observância é obrigatória. Assim, as hipóteses que a excepcionam, como a ação rescisória, devem ser interpretadas restritivamente.

Por isso, entendemos que a hipótese descrita no inciso V do art. 966 apenas autoriza o ajuizamento de ação rescisória se a decisão do STF transitar em julgado antes da decisão do caso concreto ou no decorrer do prazo da ação rescisória. E a razão para tanto é simples: não se pode afirmar que haveria violação manifesta à norma jurídica antes do pronunciamento do STF sobre essa mesma norma.

Admitir-se a ação rescisória como proposto pelos art. 525, § 15º, e 535, § 8º, do NCPC significa, ao final, ajuizamento de ação rescisória com fundamento em direito superveniente,¹⁶ o que não só não encontra previsão no sistema jurídico brasileiro como, ainda, não pode produzir efeito retroativo sobre a coisa julgada.¹⁷ É com base nesse entendimento, a propósito, que o STF já decidiu que a ação rescisória não se destina à uniformização de jurisprudência:

ACÇÃO RESCISÓRIA *VERSUS* UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, **não cabendo colar a sinonímia às expressões “ação rescisória” e “uniformização da jurisprudência”**. ACÇÃO RESCISÓRIA – VERBETE Nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO. O Verbetes nº 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na

do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estrategicamente informado do seu futuro” (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: uma teoria estrutural. In: SCHOUERI, Luis Eduardo; BIANCO, João Francisco (Coord.). *Estudos de direito tributário em homenagem ao prof. Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 643-644).

16 Nesse sentido, tem-se “O direito superveniente tem como limite temporal o momento do encerramento da discussão” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Superveniente. Repercussão sobre o ato judicial. Momento de eficácia da decisão. In: *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009, p. 586-588).

17 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

decisão rescindenda. (RE n. 590809, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Repercussão Geral – Mérito, DJe: 24 nov. 2014, grifo nosso)

Esclarecidas as razões pelas quais entendemos serem inconstitucionais as mencionadas previsões do NCPC, passamos à análise de um desdobramento da discussão que assume maior relevância para o direito tributário: a coisa julgada nas relações “continuativas” ou “de trato continuado”.

4. A COISA JULGADA NAS RELAÇÕES CONTINUATIVAS

4.1 Limites “temporais” da coisa julgada

O dispositivo legal que prescreve os limites “temporais” da coisa julgada é o art. 505 do NCPC, que manteve a redação do art. 471, inciso I, do CPC/73:

Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

I – se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II – nos demais casos prescritos em lei.

A leitura desse dispositivo, da forma como vemos, justifica o uso das aspas ao tratarmos dos limites “temporais” da coisa julgada, na medida em que, apesar de se referir às relações jurídicas continuativas e, assim, se projetar no tempo, o art. 505, na verdade, endereça os limites objetivos da coisa julgada ao determinar o condicionamento desta à manutenção dos estados de fato ou de direito.

Assim, deve-se, em primeiro lugar, esclarecer que as relações jurídicas continuativas são aquelas que “nascem de fatos instantâneos, mas que repercutem no tempo de maneira uniforme e repetida. São relações homogêneas ou reiteradas, decorrentes de comportamentos de mesmo gênero, quando a conduta-padrão tenha sido decidida no primeiro processo”.¹⁸ A partir desse esclarecimento, constata-se que, ao permitir que o juiz aprecie novamente as questões decididas sobre

18 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 499.

a mesma lide quando sobrevierem alterações nos estados de fato ou de direito, permite-se também a apreciação de uma conduta que deixou de se subsumir à conduta-padrão definida pela decisão judicial.

Na nossa opinião, portanto, o art. 505 erra ao afirmar que se trataria da mesma lide. Afinal, as alterações nos estados de fato ou de direito, quando aptas a dar ensejo a uma nova causa de pedir e um novo pedido, resultam na formação de uma nova relação jurídica, ainda que entre as mesmas partes e envolvendo objeto semelhante.¹⁹

Nessa perspectiva, um provimento declaratório não alcança fatos ainda não ocorridos, mas uma relação atual e permanente, projetando-se para o futuro. O dispositivo da decisão de natureza declaratória define um regime jurídico para uma conduta-padrão, na qual se enquadram relações jurídicas reiteradas entre as mesmas partes. Por isso, não há de se argumentar que a coisa julgada não pode projetar efeitos para o futuro.²⁰

Há como se concluir a partir do art. 505 do NCPC, portanto, que a parte não submete uma mesma questão à reapreciação;²¹ trata-se, na verdade, da apreciação inédita de outro objeto, pois houve alteração da relação jurídica que justificou nova análise pelo poder judiciário; é um novo regime jurídico para uma nova relação jurídica entre as mesmas partes. Assim, confere autorização às partes para requererem o reconhecimento de que a modificação nos estados de fato ou de direito estabeleceu um novo regime jurídico a que se submete a relação jurídica

19 Neste sentido: “A parte poderá pleitear nova sentença precisamente porque a alteração de fato ou de direito vem a estabelecer *nova causa de pedir*, diversa daquela em relação à qual operou a coisa julgada. [...] Não se pedirá para rever a coisa julgada anterior: formular-se-á uma *nova pretensão*, inconfundível com aquela que ficou acobertada pela *res iudicata*” (TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo (os “limites temporais” da coisa julgada). *Revista do Advogado*, v. 26, n. 88, São Paulo, 2006, p. 58).

20 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007.

21 “Sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, a regra ditada pela sentença pode ser revista, mediante ação da parte interessada, para se adaptar à situação superveniente. Isto, é claro, não atinge a coisa julgada que permanecerá intocável nos seus limites objetivos, vinculada à relação jurídica tal como se apresentou no momento da decisão” (ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 304. v. 4: arts. 332 a 475).

“continuativa” que foi objeto de decisão judicial anterior, ultrapassando os limites objetivos da coisa julgada existente para aquela relação.²²

Considerando o objeto do presente estudo e, ainda, tendo em vista que as alterações no estado de fato, em tese, estão propensas a gerar menor discussão, passemos a focar nossos comentários apenas na modificação no estado de direito.

4.2. Alteração no estado de direito

As alterações legislativas representam, como não poderia deixar de ser, uma modificação no sistema jurídico, pois trazem novos enunciados prescritivos ao sistema. Da mesma forma, a decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade também representa alteração no estado de direito na medida em que reconhece a (in)compatibilidade de uma norma jurídica com a Constituição e, por consequência, sua aptidão para regular condutas intersubjetivas.

No entanto, ao voltarmos as atenções ao art. 505, inciso I, do NCPC, verificamos que não é qualquer alteração legislativa ou decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade que configura uma modificação no estado de direito apta a permitir a revisão da coisa julgada ao juiz. Isso porque a modificação no estado de direito que permite esse pedido deve trazer um novo regime jurídico à relação, de forma a não mais se cogitar a permanência do regramento prescrito pela norma sobre a qual incidiu a coisa julgada.²³

22 Nesse sentido: “A mudança de qualquer desses elementos compromete o silogismo original da sentença, porque está alterado o silogismo do fenômeno da incidência por ela apreciado. A relação jurídica que antes existia deixou de existir, e vice-versa” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 88-89).

23 Em sentido aproximado: “se a relação jurídica declarada existente ou inexistente é uma relação permanente, que se projeta no futuro, ou uma relação sucessiva, como alguns caracterizam a relação jurídica tributária, exatamente porque ela se renova anualmente ou a cada nova operação sob os mesmos ou diversos pressupostos fático-jurídicos, a certeza da sua existência ou inexistência perdura até que ocorra alguma modificação na situação jurídica que ensejou essa declaração, ou seja, até que ocorra algum fato novo, apto a gerar validamente uma situação jurídica diversa daquela que gerou a declaração da existência ou inexistência da relação jurídica (CPC, artigo 471, inciso I) ou que sobrevenha lei nova, que passe a dar disciplina diversa à sequência de fatos até então regulados pela coisa julgada anterior” (GRECO, Leonardo. A declaração de constitucionalidade da Lei pelo STF em controle concentrado e a coisa julgada anterior: análise do Parecer 492 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 114, São Paulo, 2012, p. 46).

A respeito dos diferentes efeitos promovidos por alterações no estado de direito, esclarece Tercio Sampaio Ferraz Jr.²⁴ que:

Um regime jurídico é sempre um sistema, isto é, conjunto de relações determinadas por regras (estrutura) e um conjunto de elementos, determinados por seus atributos (repertório). As relações são básicas ou secundárias, conforme sejam básicas ou secundárias as regras. Básicas são as regras cuja mudança altera o sentido da relação, que passa a ser outro. Secundárias são as regras cuja mudança não altera o sentido das relações.

Sob essa perspectiva, **a modificação no estado de direito ocorre quando são alteradas as regras básicas (regime jurídico) que disciplinam uma relação jurídica**. Trazendo essas considerações para o campo do direito tributário, entendemos, desde já, que norma que altere o prazo para pagamento de um tributo não configura modificação no estado de direito apta a permitir a revisão de decisão que havia reconhecido a inexistência da respectiva relação jurídico-tributária.

A problemática concentra-se, a nosso ver, quando as alterações normativas se operam no campo dos critérios da regra-matriz de incidência tributária, assim entendidos como os requisitos básicos para a criação de qualquer tributo. Apesar de haver situações mais e menos claras, entendemos que não é toda alteração nesses critérios que representa uma modificação no estado de direito a ultrapassar os limites objetivos da coisa julgada.

Com efeito, o primeiro passo é identificar o conteúdo da decisão que foi objeto da coisa julgada e o fundamento para justificar a invalidade na cobrança do tributo. A título ilustrativo, caso se tenha decidido que a materialidade do tributo seria inconstitucional, uma alteração normativa no critério quantitativo, sem dúvida, não representará modificação no estado de direito. Nesse sentido, entendemos que a alteração no estado de direito que permite o pedido de revisão deve necessariamente alcançar o fundamento da decisão que transitou em julgado. Apenas com uma alteração nesses termos se ultrapassariam os limites objetivos da coisa julgada e, assim, haveria autorização normativa para o pedido de revisão em exame.

É necessário, no entanto, esclarecer que se de um lado o art. 505, inciso I, do NCPC prescreve uma **faculdade** – na medida em que o interessado (contribuinte

24 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007. p. 128.

ou Fazenda Pública) fica autorizado a recorrer ao poder judiciário para obter um provimento declarando que a coisa julgada anterior a ele não mais se aplica –, de outro, também veicula uma **exigência**, pois o juízo não pode apreciar a questão de ofício e é necessário um provimento judicial “superando” a coisa julgada anterior.

Deve-se ressaltar ainda que, por atenção ao princípio da segurança jurídica, os efeitos da decisão que julgar esse pedido de revisão não retroagem ao momento de ajuizamento da ação no âmbito da qual surgiu a coisa julgada, como ocorre com a ação rescisória, pois não haverá desconstituição da decisão revisada, que permanece intacta. A ação revisional busca o reconhecimento do surgimento de um novo regime jurídico e, por isso, apenas pode retroagir até a data da alteração no estado de direito, observado o prazo prescricional.

4.3. O Recurso Extraordinário n. 949.297 e a posição defendida pelo Ministério Público Federal

Entendemos que a posição por nós defendida no tópico anterior apresenta-se como a melhor solução para o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 949.297, submetido ao regime dos recursos extraordinários repetitivos, em que se decidirá sobre os efeitos da decisão proferida pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade sobre a coisa julgada existente para uma relação individual em sentido contrário:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRELIMINAR. RECONHECIMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL. LEI 7.689/88. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. COISA JULGADA. LIMITES. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA. INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE EM CONTROLE ABSTRATO E CONCENTRADO. ADI 15. SÚMULA 239 DO STF.

1. A matéria constitucional controvertida consiste em delimitar o limite da coisa julgada em âmbito tributário, na hipótese de o contribuinte ter em seu favor decisão judicial transitada em julgado que declare a inexistência de relação jurídico-tributária, ao fundamento de inconstitucionalidade incidental de tributo, por sua vez declarado constitucional, em momento posterior, na via do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade exercido pelo STF.

2. Preliminar de repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida. (RE n. 949.297 RG, Rel. Min. Edson Fachin, DJe: 12 maio 2016, publicado em: 13 maio 2016, grifo nosso)

Discordamos, assim, do parecer proferido pelo Ministério Público Federal sobre o assunto, que propõe a fixação da seguinte tese:

A coisa julgada em matéria tributária, quando derivada de relação jurídica de trato continuado, perde sua eficácia no momento da publicação do acórdão exarado no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade contrário ao sentido da sentença individual (art. 28 da Lei 9.868/99).

A razão para nossa discordância reside no fato de a declaração de inconstitucionalidade ocorrer no plano abstrato e, por mais que produza efeitos *ex tunc*, não ser capaz de desconstituir todas as relações jurídicas formadas e nela fundamentadas.²⁵ A partir da coisa julgada, a relação jurídica passa a ser disciplinada exclusivamente pela decisão judicial proferida no caso concreto, não podendo ser atingida pelos efeitos retroativos que operaram na norma geral e abstrata,²⁶ pois a norma concreta (decisão que transitou em julgado) tornou-se a fonte exclusiva a regulamentar a respectiva relação jurídica.²⁷

25 Nesse sentido: “a declaração de inconstitucionalidade, por si só, jamais operará efeitos sobre todas as situações pretéritas. De modo que o Tribunal, por isso mesmo, não precisa expressamente ressaltar a coisa julgada material dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade. A essência da coisa julgada material seria claramente negada caso a decisão de inconstitucionalidade nulificasse as decisões dos juízes e tribunais. Contudo, a coisa julgada material, por estar protegida pelo art. 5.º, XXXVI, da CF, assim como pelo princípio da segurança jurídica, não desaparece diante de decisão de inconstitucionalidade ou, em outras palavras, de decisão que declara a inconstitucionalidade da lei em que a decisão acobertada pela coisa julgada se fundou” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1088).

26 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 22, São Paulo, p. 91-111, jan. 2005.

27 Nesse mesmo sentido: “O acerto contido na sentença trãnsita em julgado ‘rompe o nexo entre a norma e a factispécie concreta, substituindo aquela na disciplina desta’ [...] Com expressão tecnicamente menos precisa, mas plasticamente mais eficaz, pode dizer-se que a coisa julgada substancial opera como *lex specialis*, desprendendo a disciplina da norma geral e abstrata feita valer em juízo” (PROTO PISANI, Andrea. Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi. *Rivista di diritto processuale*, v. XLV, série II, 1990, p. 389-390); “transitada em julgado, a sentença desprende-se da lei em que se gerou e vale por si mesma, baseada directamente na Constituição.”

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Ministro Gilmar Mendes afasta a suposta ilicitude do ato fundado em lei posteriormente declarada inconstitucional, justamente para atender ao princípio da segurança jurídica. Afirma, então, que se devem diferenciar os efeitos da decisão no plano normativo e no plano do ato singular.²⁸ Também de acordo com essa posição, o Ministro Luís Roberto Barroso separa a retroatividade dos efeitos no plano abstrato e no plano concreto para demonstrar que não é possível a desconstituição de todas as situações jurídicas que se consolidaram antes da decisão do STF.²⁹

Em conformidade com esse entendimento, o Ministro Celso de Mello reconheceu no julgamento do Agravo Regimental (AgRg) no RE n. 592.912 que:

a decisão do Supremo Tribunal Federal **que haja declarado inconstitucional** determinado diploma legislativo **em que se apóie** o ato sentencial **transitado** em julgado, **ainda** que impregnada de eficácia “ex tunc”, **como sucede** com os julgamentos proferidos **em sede** de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765), **detém-se** ante a autoridade da coisa julgada, **que traduz**, nesse contexto, **limite insuperável** à força retroativa **resultante** dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. (RE n. 592.912, AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe: 21 nov. 2012, publicado em: 22 nov. 2012, grifos do original)

Nessa perspectiva, com a incidência da coisa julgada, deve-se distinguir entre os planos normativos abstrato e concreto, destacando que a declaração de inconstitucionalidade opera no primeiro. Assim, a produção de efeitos retroativos não tem o condão de desconstituir a norma concreta em sentido contrário protegida a coisa julgada.

Por isso, a única solução que nos parece razoável e em pleno acordo com o ordenamento jurídico brasileiro é a proposta defendida no tópico anterior, no sentido de que deve ser proposta ação nos termos do art. 505, inciso I, do NCPC, demonstrando a alteração nos estados de fato ou de direito que justifique que a relação jurídica não mais se submeta ao regime jurídico definido pela decisão judicial que foi objeto da coisa julgada.

(MENDES, João de Castro. Caso julgado, poder judicial e Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 26, 1985, p. 49).

28 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

29 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para fazer uma síntese do que acabamos de expor, entendemos que:

- i. A decisão do STF em sentido contrário ao que já havia sido definido em um caso concreto, por decisão judicial objeto da coisa julgada, não autoriza o ajuizamento de ação rescisória, por violação ao princípio da segurança jurídica.
- ii. Nas relações continuativas, havendo posterior decisão do STF em sentido contrário ao comando da decisão judicial que foi objeto da coisa julgada, deve ser proposta uma ação revisional nos termos do art. 505, inciso I, do NCPC demonstrando a alteração nos estados de fato ou de direito que justifique que a relação jurídica não mais se submeta ao regime jurídico definido pela decisão judicial que foi objeto da coisa julgada.
- iii. As decisões do STF em controle concentrado, que operam efeitos no plano abstrato, não têm aptidão para desconstituir as decisões judiciais objeto de coisa julgada, que operam efeitos no plano concreto.

PRIVILÉGIOS DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO SOB A ÓTICA DO NCPC E SEUS IMPACTOS NAS DEMANDAS TRIBUTÁRIAS

Antonio Carlos G. Gonçalves

Marcelo Salles Annunziata

1. INTRODUÇÃO

Como se sabe, a Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil – NCPC), em vigor desde março de 2016, afetou não somente as demandas entre particulares em andamento, mas também aquelas de natureza tributária, as quais são igualmente regidas pelas suas normas. A modernização da lei processual teve reflexos positivos, como a maior celeridade na entrega da prestação jurisdicional, sem, ao mesmo tempo, negligenciar a segurança com que os atos processuais precisam ser praticados, assegurando-se o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Quanto aos privilégios processuais de que goza a Fazenda Pública – uma tradição de nosso sistema processual –, as novidades empreendidas pelo NCPC revelaram uma tendência em reduzi-los discretamente, contudo sem extingui-los. Como será examinado no próximo tópico, o estabelecimento desses privilégios – ou prerrogativas – é uma discussão intimamente ligada ao princípio da igualdade.

Às mudanças estruturais e principiológicas promovidas pelo legislador seguiram-se alterações em vários pontos de especial interesse para a área tributária. O objetivo deste artigo é analisar precipuamente as alterações ocorridas nos privilégios de que goza a Fazenda Pública, quais sejam: os prazos processuais, o reexame necessário em casos de sentença contrária à Fazenda, as verbas de sucumbência fixadas nessas demandas, a execução contra a Fazenda Pública, a sua intimação e o depósito prévio de multa para interposição de novo recurso após agravo interno. Além disso, há um

tópico dedicado à desconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal e outro à inaplicabilidade dos privilégios a alguns integrantes da administração indireta, bem como um adendo que trata de outras novidades do NCPC que repercutem nas demandas tributárias.

2. PRIVILÉGIOS DA FAZENDA PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O Ministro Alfredo Buzaid, ao elaborar o anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), não previu na redação original daquele diploma qualquer distinção de prazo para a Fazenda Pública. Sustentava que a existência dessa previsão tinha o intuito de “privilegiar o servidor público nem sempre diligente”.¹

Foi na votação do então projeto pelo Congresso Nacional que se acrescentou a regra do art. 188 do CPC/73, prescrevendo o cômputo “em quádruplo [d]o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”. A regra, como se verá adiante, foi alterada pelo NCPC, mas a discussão quanto à legitimidade das prerrogativas fazendárias permanece.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, veicula a igualdade como um princípio mestre dentre os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos, o que se reflete também na relação jurídico-processual. A interpretação literal desse princípio levaria à inarredável conclusão de que a conferência de prerrogativas processuais à Fazenda Pública seria uma prática inconstitucional, porque, afinal, daria tratamento diferenciado às partes do processo tributário.

A interpretação dada pelas cortes e por grande parte da doutrina, no entanto, é que essas distinções levam em conta a importância dos interesses defendidos pela Fazenda Pública, os quais seriam caros a toda a coletividade, além do fato de que os advogados públicos não poderem limitar a sua demanda de trabalho, o que seria permitido aos advogados privados. A diferença visaria, assim, à busca pela igualdade material entre as partes. Nelson Nery Jr.,² reportando-se ao art. 188 do CPC/73, assinalou que:

Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais é a substância do princípio da isonomia. A desigualdade dos beneficiários da norma do art.

1 DE MORAES, José Roberto. Fazenda pública em juízo: prerrogativas ou privilégios, *Revista Jurídica*, v. 4, n. 4, 2012, p. 156.

2 NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 79.

188 do CPC em relação ao litigante comum estaria no interesse maior que a Fazenda Pública representa no processo. Os direitos defendidos pela Fazenda são direitos públicos, vale dizer, de toda a coletividade, sendo, portanto, metaindividuais.

Com efeito, não se pode negar que a pouca estrutura de que dispõem os defensores da Fazenda Pública em juízo, aliada ao fato de que o maior demandante de processos judiciais no Brasil é exatamente o poder público, torna necessário estabelecer algumas regras especiais para assegurar que esses defensores consigam se desincumbir dessa função pública e, com isso, garantir que o interesse público representado pela participação do Estado em determinada demanda seja preservado.

É exatamente essa a razão de nossos diplomas legais, historicamente, estabelecerem esses “privilégios”. Por certo, se a realidade fosse outra, outro deveria ser o tratamento legal. Atualmente não há como prescindir dessas regras, tampouco caberá declarar sua inconstitucionalidade por suposta afronta à isonomia. Contudo, se no futuro tivermos uma situação diversa, tal legislação poderá (e deverá) ser reavaliada considerando a realidade daquele momento. Como bem assinalou Cleide Previtalli Cais,³ ao comentar sobre a possibilidade de revogação desses benefícios:

Merecerá revogação o benefício concedido a partes em situação de desigualdade [...] caso alterada a situação fática, cumprindo o Estado com o dever de dotar seus procuradores de meios necessários para defendê-lo, assim como cuidando pela realização de concursos públicos para provimento de cargos, quando em número insuficiente, o mesmo ocorrendo com os membros do Ministério Público. A lei não é estática; é dinâmica porque é dirigida a comportamentos humanos, sendo assim, uma vez alterados os comportamentos que justificaram sua edição em determinado sentido, deve ser procedida sua alteração, adequando o trato legislativo à situação fática presente.

Tal entendimento vem sendo confirmado pelas cortes brasileiras, que usualmente entendem que as regras processuais específicas e mais benéficas para a Fazenda Pública atendem ao interesse público e devem ser preservadas. A título

3 CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 2. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 65.

de conhecimento, vale notar que há decisões que, a despeito de reconhecerem a razoabilidade dessas regras, ponderam que seu exagero não pode ocorrer a ponto de fazer pender o desequilíbrio da relação processual para o lado da Fazenda. É o que se vê da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), tendo como relatora a Ministra Eliana Calmon, quando se manifesta sobre eventual inconstitucionalidade da Lei n. 11.033/2004, ao conferir à Fazenda Pública o privilégio de sua intimação pessoal se dar por vista dos autos e não simplesmente por oficial de justiça (regra aplicável na generalidade dos casos quando há intimação pessoal):

PROCESSO CIVIL. INTIMAÇÃO. PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA. IGUALDADE DAS PARTES. ASSIMETRIA DE RELAÇÕES. LEI 11.033/2004.

1. Dentre os princípios constitucionais que regem a relação processual está o da igualdade entre as partes, o qual não afasta as prerrogativas de partes em circunstâncias especiais, tais como: Ministério Público, Defensoria Pública e Fazenda Pública, abrangendo também as autarquias e as fundações públicas. 2. A intimação pessoal instituída para estas entidades não desequilibra a relação, na medida em que representam elas a coletividade ou o interesse público. 3. A Corte Especial, em recente decisão, interpretando a regra que ordena a intimação da Fazenda Pública, deixou sedimentado que tal ato processual se realiza por oficial de justiça, contando-se o prazo da juntada do mandado, devidamente cumprido. 4. A Lei 11.033/2004, reguladora do mercado financeiro, em seu art. 20, introduziu sorrateiramente dispositivo que privilegia os Procuradores da Fazenda, estabelecendo que eles são intimados com vista aos autos. 5. A sistemática do novo tipo de intimação, além de desigualar o tratamento das partes, estabelecendo o odioso privilégio em favor de uma categoria de representantes da Fazenda Pública, os Procuradores da Fazenda, desorganiza e dificulta a atividade cartorária. 6. Dispositivo legal, (art. 20 da Lei 11.033/2004) que se choca com o princípio constitucional da igualdade das partes. 7. Incidente de inconstitucionalidade acolhido. (STJ, 2ª Turma, EDcl no REsp n. 531.308/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, publicado em: 4 abr. 2005)

Na vigência do CPC/73, notava-se que, muitas vezes, a dose atribuída às prerrogativas poderia tornar-se verdadeiro privilégio da Fazenda Pública, gerando reflexos perniciosos para a própria duração razoável do processo e para a satisfação do mérito. Por essa razão, o NCPC atenuou algumas delas de modo de

prestigiar ainda mais os valores de segurança jurídica, igualdade e celeridade da prestação jurisdicional.

Ressalte-se que o NCPC, em momento algum, buscou extirpar do ordenamento pátrio as prerrogativas processuais fazendárias. Contudo, na busca pela maior celeridade na entrega da prestação jurisdicional, deu-lhes em alguns casos nova conformação, o que, sem dúvida, beneficiará os contribuintes e o poder judiciário, atualmente sobrecarregado com processos pendentes de julgamento.

3. AS ALTERAÇÕES NOS PRAZOS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA

A concessão de prazos processuais diferenciados para a Fazenda Pública em alguns eventos processuais justifica-se pelas mesmas razões apontadas no tópico anterior; em suma, dificuldades resultantes da enorme burocracia estatal.

A sistemática inaugurada pelo NCPC dá especial relevo ao que se chama de duração razoável do processo. É bem verdade que a Constituição Federal, desde a Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004, já previa, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Entretanto, como se sabe, a celeridade dos processos permanece um desafio para a prática jurisdicional brasileira, na medida em que juízos e tribunais encontram-se assoberbados de processos (lembrando que o maior causador desse problema é o próprio poder público).

Celeridade, assinale-se, não existe como um valor absoluto. Como ensina Fredie Didier Jr.,⁴ “o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional”. Isso quer dizer que a solução do caso deve cumprir a série de atos obrigatórios previstos pelas leis processuais. Por outro lado, não deve o processo demorar mais que o tempo razoável para a resolução dos conflitos que o permeiam.

Buscando revigorar a máxima da duração razoável do processo, o NCPC proclama, em seu art. 4º, que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Para além do simbolismo de reafirmar o princípio, o novo diploma processual apresenta diversas

4 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 96. v. 1.

novidades que visam à sua efetividade. Dentre elas, encontra-se a alteração nos prazos processuais da Fazenda Pública.

O CPC/73, em vigor até março de 2016, concedia à Fazenda Pública prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, em comparação aos prazos conferidos aos outros cidadãos (art. 188, CPC/73). O atual, consoante a referida alteração, atribui prazo em dobro para todas as manifestações (art. 183, NCPC). Ou seja, o prazo em quádruplo no caso da contestação passa a inexistir, com benefícios inegáveis para uma menor duração do processo.

Deve-se lembrar, todavia, que a regra do prazo em dobro para as manifestações da Fazenda Pública não se aplica àquelas situações em que a lei estabelece, de forma expressa, prazo próprio para o ente público (art. 183, § 2º, NCPC). Esse é o caso, por exemplo, dos prazos previstos expressamente na Lei n. 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança), como o de 10 dias para a autoridade coautora prestar informações (art. 7º, inciso I).⁵ Também é o caso de prazos que estão previstos no próprio diploma processual civil, como é o caso do prazo de 30 dias para a Fazenda impugnar a execução – fundada em título judicial – ajuizada contra si (art. 535, NCPC) ou para embargar a execução – fundada em título executivo extrajudicial (art. 910, NCPC).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) entende, da mesma forma, que os privilégios processuais que tocam aos prazos também não se aplicam aos processos de índole objetiva, como é o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), por ação ou omissão, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC):

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRAZOS RECURSAIS. As normas gerais disciplinadoras dos feitos de índole

5 “Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO CIVIL. INTEMPESTIVIDADE DO APELO EXTREMO. ALEGADO EQUÍVOCO NA CONTAGEM DO PRAZO. INTIMAÇÃO PESSOAL DE PROCURADOR DO ESTADO. MANDADO DE SEGURANÇA. INVIABILIDADE. LEI 4.348/64 REVOGADA. BENEFÍCIO NÃO PREVISTO NA LEI 12.016/09. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O artigo 3º da Lei n. 4.348, de 26.6.1964 (com redação dada pela Lei n. 1.091/2004), que concedia o privilégio do prazo em dobro para a Fazenda Pública nas ações de mandado de segurança foi revogada pela Lei nº 12.016, publicada em 7 de agosto de 2009. 2. A intimação do acórdão impugnado pelo recurso extraordinário ocorreu em 17 de janeiro de 2012, portanto, posteriormente à revogação da Lei 4.348/64. 3. A interposição da petição do recurso extraordinário ocorreu depois de transcorridos mais de 30 (trinta) dias a contar da intimação veiculada na imprensa oficial, implicando na intempestividade. 4. Agravo Regimental desprovido” (STF, 1ª Turma, RE n. 696.082-RS/AgR, Rel. Min. Luiz Fux, publicado em: 18 jun. 2013).

subjetiva, de ordinário, não se aplicam às ações da espécie, de natureza objetiva, nas quais, ademais, não se cuida de interesse jurídico da Fazenda Pública. Assim, nas ações da espécie não cabem prazos recursais em dobro (art. 188 do CPC), privilégio de que não goza nenhuma das partes nelas envolvidas, a saber: o requerente; o órgão requerido, responsável pela edição do ato normativo impugnado; o Advogado-Geral da União; e o Procurador-Geral da República. Agravo regimental não conhecido. (STF, Plenário, ADI n. 1.797-AgR/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, publicado em: 23 fev. 2001)

4. AS ALTERAÇÕES NO REEXAME NECESSÁRIO

Entende-se que o reexame necessário é uma condição de eficácia da sentença, de modo que esta, não obstante ser existente e válida, produzirá efeitos somente após a confirmação do Tribunal.⁶ O NCPC limitou ainda mais as hipóteses de reexame em favor da Fazenda Pública, com aumento substancial do valor mínimo envolvido na demanda que permite o recurso de ofício. Essa limitação tem reflexos positivos para a maior garantia de satisfação do mérito em relação ao contribuinte vencedor da demanda, uma vez que, agora, numa quantidade maior de hipóteses, não terá de aguardar o pronunciamento do tribunal para executar a sentença que lhe é favorável.

A regra geral das hipóteses de remessa necessária ao tribunal prevista no CPC/73 manteve-se praticamente inalterada no NCPC, de modo que se sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (i) proferida contra a União, os estados, o Distrito Federal, os municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público; ou (ii) que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal. A alteração pontual é que o revogado art. 475 do CPC/73 fazia menção aos “embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública”, enquanto o NCPC refere-se aos “embargos à execução fiscal”, o que, no fundo, tem o mesmo significado.

Quanto ao item (ii) citado, cabe desde logo uma ressalva: o NCPC – como o CPC/73 – não autoriza a remessa necessária nos casos de sentença que julga improcedentes embargos à execução opostos pela Fazenda Pública, mas somente

6 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

nos casos de “execução fiscal” tratados pela Lei n. 6.830/1980. Nesse sentido, já se pronunciou o STJ por meio de sua 1ª Seção:

A remessa de ofício consignada no art. 475, II, do CPC, não alcança a hipótese na qual a Fazenda, impugnando execução apresentada pelo particular, opõe embargos e obtém parcial provimento. (STJ, 1ª Seção, ED no REsp n. 522.904, Min. José Delgado, julgado em; 24 out. 2005)⁷

Na verdade, a mudança fundamental ocorreu no valor mínimo da demanda sobre a qual deve recair a remessa necessária. Se antes o valor mínimo exigido para que a causa se submetesse ao recurso de ofício era de 60 salários-mínimos, agora esse valor foi alterado, de forma que não se submetem a remessa necessária os processos cujo proveito econômico obtido for inferior a: (i) 1.000 salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; (ii) 500 salários-mínimos para os estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os municípios que constituam capitais dos estados; e (iii) 100 salários-mínimos para todos os demais municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

É interessante notar neste ponto que, caso haja uma sentença proferida em desfavor da Fazenda Pública cujo valor seja não exato ou não passível de liquidez no momento da sentença, não se aplicará a regra de valores mencionada, e o processo será submetido ao reexame necessário. Na seara tributária, isso poderá ocorrer, por exemplo, em ação meramente declaratória em que o valor dado à causa não reflete obrigatoriamente o proveito econômico (aliás, é quase impossível de aferir, na interposição da declaratória, o valor total da relação jurídica que se quer desconstituir por via da ação).⁸

Além disso, como novidade, não se sujeitam ao duplo grau de jurisdição, além das sentenças fundadas em súmulas de tribunal superior e em acórdãos do STF

7 No mesmo sentido: “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROPOSTA CONTRA O ESTADO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REMESSA DE OFÍCIO. NÃO-CABIMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 557, CAPUT, DO CPC. POSSIBILIDADE. 1. Na execução promovida contra o Estado, a sentença que rejeita os embargos por ele opostos não se submete a remessa de ofício. 2. Recurso não-provido” (STJ, 2ª Turma, REsp n. 434.256/PB, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em: 14 ago. 2006).

8 Quanto a essa questão, vale lembrar que o valor atribuído à causa nem sempre coincide com o valor do proveito econômico ou o valor da condenação. No caso da ação declaratória, isso é evidente pois geralmente se dá um valor à causa que não tem qualquer relação com o valor dos tributos que, ao final, poderão deixar de ser pagos.

e do STJ em julgamento de recursos repetitivos, aquelas que aplicam: (i) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; ou (ii) entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

No CPC/73, já não se sujeitavam ao duplo grau de jurisdição as sentenças fundadas em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula desse tribunal ou do tribunal superior competente. Como visto, agora a regra não fala mais em “plenário”, mas em recursos submetidos à sistemática das demandas repetitivas, o que significa dizer, por exemplo, que no âmbito do STF não bastará uma decisão de seu órgão pleno sobre o tema, mas deverá este ter sido julgado sob esse arranjo.

Por fim, deve-se ressaltar que a sistemática da remessa necessária não se aplica, em regra, a pessoas jurídicas integrantes da administração pública indireta sujeitas ao regime de direito privado, como é o caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista, como se verá em tópico específico.

5. NOVA SISTEMÁTICA NOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

Quanto à sucumbência, houve importante alteração na forma de cálculo dos honorários em casos envolvendo a Fazenda Pública, colocando-se limites mínimos e máximos de acordo com o valor da discussão. Isso, de certa forma, busca evitar algo que se tornou comum em muitos processos tributários: a fixação irrisória de verba sucumbencial quando a Fazenda Pública perde a demanda, enquanto a aplicada ao contribuinte perdedor costumava ser de maior monta.

Agora há uma regra única que se aplica para ambas as partes no processo de forma igualitária, regra essa totalmente objetiva e que leva em conta o valor envolvido na discussão, evitando, assim, uma avaliação subjetiva do juiz. Até a edição do NCPC, o juiz poderia, a pretexto de aplicar a equidade prevista no § 4º do art. 20 do CPC/73, fixar um valor de sucumbência seguindo alguns dos critérios estabelecidos pela lei processual, o que, no mais das vezes, era um campo fértil para beneficiar a Fazenda Pública com valores insatisfatórios dada a complexidade da demanda e, principalmente, o elevado número de anos que o processo judicial costuma levar para ser definitivamente encerrado.

Nesse sentido, o NCPC, em seu art. 85, § 3º, fixou de maneira salutar os seguintes percentuais de honorários sucumbenciais para as causas em que a Fazenda

Pública é parte: (i) mínimo de 10% e máximo de 20% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 salários-mínimos; (ii) mínimo de 8% e máximo de 10% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido entre 200 e 2 mil salários-mínimos; (iii) mínimo de 5% e máximo de 8% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido entre 2 mil e 20 mil salários-mínimos; (iv) mínimo de 3% e máximo de 5% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido entre 20 mil e 100 mil salários-mínimos; e (v) mínimo de 1% e máximo de 3% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100 mil salários-mínimos.⁹

Esses percentuais, registre-se, devem ser aplicados a todos os casos em que a Fazenda Pública é parte, não importando se ela venceu a demanda – de modo que receberá as verbas sucumbenciais – ou se perdeu – quando o contribuinte fará jus a essas verbas. Acaba-se, desse modo, com a prática comum da condenação irrisória de alguns mil reais em casos que envolvem milhões, uma vez que, como já dito, o NCPC firma um critério totalmente objetivo de acordo com o valor envolvido, não havendo brechas para tratar a questão de maneira distinta.

6. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Também houve alterações na execução contra a Fazenda Pública fundada em título executivo judicial. No CPC/73, a Fazenda Pública apresentava defesa por meio de embargos, no prazo de 10 dias. Com o NCPC, a defesa se dá por meio de impugnação, no prazo de 30 dias. As intimações ocorrem por meio de intimação pessoal, carga, remessa ou meio eletrônico (art. 535).

O NCPC empreendeu, assim, a unificação dos procedimentos do cumprimento de sentença tanto para os particulares quanto para a Fazenda Pública, sendo que todas as matérias de defesa da Fazenda podem ser alegadas na impugnação. A peculiaridade da execução contra a Fazenda Pública é o fato de que o Estado tem de provisionar o valor em orçamento da entidade pública devedora, na forma do art. 100 da Constituição Federal, devendo o pagamento da obrigação se dar mediante a expedição de precatório.

9 O art. 85, § 5º, do NCPC prescreve, adicionalmente que “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”.

Como mencionado no tópico que trata da nova sistemática dos prazos, a defesa da Fazenda nas execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais permanece apresentada por meio de embargos à execução, podendo alegar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento, consoante a previsão do art. 910 do NCPC.

7. INTIMAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA

O NCPC estendeu à advocacia pública a prerrogativa já conferida pelo CPC/73 aos defensores públicos e representantes do Ministério Público. A regra do seu art. 183, *caput* e § 1º, é que as comunicações à União, aos estados e aos municípios ocorram por meio de intimação pessoal realizada por carga, remessa ou meio eletrônico. Tendo em vista o princípio da razoável duração do processo e a tendência da informatização, a intimação pessoal realizada por carga e remessa tende a cair em desuso.

Segundo o Enunciado 401 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, aprovado em 2015, “para fins de contagem de prazo da Fazenda Pública nos processos que tramitam em autos eletrônicos, não se considera como intimação pessoal a publicação pelo Diário da Justiça Eletrônico”. Como se sabe, os enunciados de jornadas e fóruns não detêm qualquer força vinculante, mas conferem um norte interpretativo para os operadores do direito.

Nesse caso, a Fazenda Pública tem a prerrogativa de ser citada e intimada pessoalmente, sem ter de se preocupar com a publicação de decisão no Diário Oficial, como ocorre com os advogados privados. Em conjunto com os prazos em dobro, essa prerrogativa também se insere no cumprimento do interesse público, minimizando os riscos de o poder público perder prazos no processo.

8. DEPÓSITO PRÉVIO DE MULTA PARA INTERPOSIÇÃO DE NOVO RECURSO APÓS AGRAVO INTERNO

No capítulo do CPC/73 que cuidava do agravo interno, havia a previsão de que, quando o agravo fosse manifestamente inadmissível ou infundado, o tribunal condenaria o agravante a pagar ao agravado uma multa entre 1% e 10% do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito prévio do respectivo valor (art. 557, § 2º). O STJ, entendendo inexistir qualquer razão para a conferência de privilégio à Fazenda Pública, aplicava o dispositivo inclusive nas causas que a envolviam, como se nota:

PROCESSUAL CIVIL. IPI. BONIFICAÇÃO. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. MATÉRIA PACIFICADA NO STJ. RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. MULTA. DEPÓSITO PRÉVIO PELA FAZENDA PÚBLICA.

1. A parte recorrente interpôs Agravo contra decisão monocrática amparada em orientação pacificada em recurso repetitivo, razão pela qual se deve manter a multa aplicada no percentual de 1% (um por cento) sobre o valor corrigido da causa, nos termos do art. 557, § 2º, do CPC. 2. Na vigência do CPC de 1973, o Superior Tribunal de Justiça entendia ser aplicável à Fazenda Pública a necessidade do depósito prévio da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC, como condição para a interposição de qualquer outro recurso, orientação ressonante na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “É certo que a União, os Estados, os Municípios e as autarquias estão isentos do pagamento de custas processuais. Todavia, não se pode confundir o privilégio concedido à Fazenda Pública, consistente na dispensa de depósito prévio para fins de interposição de recurso, com a multa instituída pelo artigo 557, § 2º, do CPC, por se tratar de institutos de natureza diversa”. 3. Recurso Especial não provido. (STJ, 2ª Turma, REsp n. 1.583.506/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe: 27 maio 2016)¹⁰

Como já ressaltado neste artigo, a evolução empreendida pelo NCPC caminha, em regra, no sentido de reduzir as prerrogativas processuais da Fazenda Pública. Todavia, na contramão desse entendimento, o inverso foi realizado no que toca à

10 Na sistemática atual, o STJ continua aplicando a multa. Todavia, para a interposição de novo recurso, o depósito prévio da multa não mais é um quesito de admissibilidade, quando se trata da Fazenda Pública: “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRETENSÃO DE APLICABILIDADE DO ART. 1.º-F DA LEI 9.494/1997. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES FIRMADOS EM REPERCUSSÃO GERAL E EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AGRAVO INTERNO. PRETENSÃO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. COMINAÇÃO DE MULTA. [...] 2. O agravo interno que se apresenta contrário a precedente firmado pelo sistema de repercussão geral e de recursos repetitivos é manifestamente improcedente, desafiando a reprimenda aludida no art. 1.021, §§ 4.º e 5.º, do CPC/2015. 3. Agravo interno não provido, com a condenação do agravante ao pagamento de multa de cinco por cento sobre o valor atualizado da causa, em razão do reconhecimento do caráter de manifesta improcedência” (STJ, 2ª Turma, AgInt no AREsp n. 374.184/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe: 27 jun. 2018).

multa prevista antigamente no art. 557, § 2º, do CPC/73. A matéria encontra-se hoje disposta no art. 1.021, §§ 4º e 5º, do NCPC:

§ 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.

§ 5º A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final. (grifo nosso)

Assim, para interpor novo recurso após ter perdido (por inadmissibilidade ou improcedência) no julgamento do agravo interno, a Fazenda não mais precisa efetuar o depósito da multa que deve ao agravado. Tem-se aqui um ponto fora da curva, na medida em que mais um benefício é conferido à Fazenda Pública, enquanto o contribuinte, estando em situação idêntica, seria obrigado a efetuar o mencionado depósito (evidentemente, de maneira prévia) para exercer o seu direito de recorrer.

9. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA EXECUÇÃO FISCAL

A ação de execução fiscal tem regulamentação própria na Lei n. 6.830/1980, de modo que o Código de Processo Civil se aplica a esse tipo de processo apenas de modo subsidiário, ou seja, naquilo que não previsto na lei especial. Tendo em vista o disposto no art. 135 do Código Tributário Nacional (CTN), que prevê a responsabilização pessoal de sócios no caso de atuação com infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos da empresa, é bastante comum a existência de pedidos de desconsideração da personalidade jurídica nos casos de exigência tributária via execução fiscal.

Na vigência do CPC/73, sendo inexistente um procedimento formal, era muito comum que, no âmbito da mesma execução fiscal, houvesse diversos pedidos de desconsideração da personalidade jurídica feitos por advogados públicos diversos, sob distintos fundamentos e contra diversas pessoas físicas. Isso causava um tumulto processual indesejável, na medida em que atrapalhava o regular andamento do processo.

A opção da Fazenda Pública, por meio de seus procuradores, de requerer a desconsideração de qualquer maneira, sem preocupações formais, dava-lhe uma maior margem de atuação, o que por certo podia ser entendido como um privilégio. O NCPC criou o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o qual, em nosso entendimento, é também aplicável às demandas tributárias e coloca fim à mencionada desordem processual anterior.

Contudo, já há algumas manifestações de procuradores da Fazenda Pública no sentido de não se aplicar o instituto no caso de execuções fiscais, ao argumento de que a Lei n. 6.830 não trata da necessidade de seguir esse procedimento. Ora, em primeiro lugar, claramente uma lei de 1980 não poderia tratar de algo que surgiu somente agora em 2016 (a não ser que fosse alterada nesse sentido, o que não ocorreu). Ademais, o entendimento manifestado por esses procuradores não resiste à aplicação do princípio interpretativo de que “lei especial derroga lei geral”, o que quer significar que, não havendo previsão na lei especial, se deve aplicar a lei geral.

Não há dúvidas de que o CPC se aplica subsidiariamente ao processo de execução fiscal, o que, inclusive, sempre foi reconhecido pelos próprios procuradores da Fazenda. Assim, parece-nos que o fundamento ora trazido pelo Estado e que já tivemos oportunidade de combater em algumas demandas não encontra qualquer sustentáculo no ordenamento jurídico nacional, devendo prevalecer, por óbvio, a regra geral que determina que necessariamente seja seguido um procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica.¹¹

Em outras palavras, a Fazenda Pública deverá seguir o incidente, com todas as suas regras, se quiser pleitear a desconsideração da personalidade jurídica. O novo procedimento vem em boa hora para disciplinar a desconsideração, uma vez que concentra todos os pedidos nesse sentido, assegurando de forma definitiva o respeito ao direito de defesa e ao contraditório e evitando desagradáveis situações como penhora – inclusive de contas bancárias – sem que antes tenha havido a oportunidade de prévia defesa do sócio. Nesse diapasão, vale lembrar que o § 3º do art. 134 do NCPC é expresso ao determinar que a instauração do incidente suspenderá o processo, o que, por certo, evitará aquelas penhoras

11 Nunca é demais lembrar que a desconsideração é algo muito grave, excepcional, na medida em que subverte a ordem natural de que a empresa tem patrimônio separado dos seus sócios. Somente no caso de uma atuação pessoal do sócio, lesiva aos cofres públicos, é que se pode admitir a desconsideração. Nessa linha de ideias, é muito salutar a existência do novel procedimento, que por certo evitará abusos, por parte da Fazenda Pública, no uso desse expediente.

de bens ou contas bancárias feitas de modo unilateral pelo juiz (usualmente a pedido do exequente), dando a segurança jurídica buscada nessa situação extrema e excepcional da desconsideração.

Por sua vez, o art. 135 do NCPC determina que, instaurado o incidente, o sócio será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis. Após essa fase, o incidente seguirá os seus termos até a decisão final do juiz autorizando ou não a desconsideração da personalidade jurídica. A nova norma processual dá ênfase, assim, a um dos aspectos mais prestigiados pelo novo diploma processual: a ampla defesa e o contraditório.

Apesar de o tema ainda não estar pacificado na jurisprudência, o incidente vem sendo aplicado nas demandas tributárias, como bem ilustra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal (TRF) da 3ª Região:

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DO FEITO AO SÓCIO DA PESSOA JURÍDICA. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NECESSIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. – O CPC/15 disciplinou em seus artigos 133 a 137 o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o qual passou a ser necessário para análise de eventual pretensão de redirecionamento da execução ao patrimônio dos sócios. A instauração do incidente exige a comprovação dos requisitos legais específicos previstos pelo art. 50 do Código Civil de 2002. – Esse incidente aplica-se, em toda sua extensão, à Fazenda Pública, por expressa disposição do artigo 4º. § 2º, da Lei de Execuções Fiscais, que prevê que “à dívida ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial”. – Registre-se que os atos direcionados à satisfação do crédito tributário foram estabelecidos entre a União Federal e a devedora (titular da relação contributiva) e não podem ser opostas indiscriminadamente aos sócios. Eventual modificação da situação econômico-patrimonial da empresa executada já no curso do processo não é motivo bastante para o redirecionamento da execução aos sócios; para se responsabilizar os sócios é necessário que se demonstre que os sócios contribuíram ilegalmente para a constituição da dívida tributária. – Agravo de instrumento a que se dá provimento. (TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI n. 592718 – 0022670-51.2016.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Wilson Zauhy, publicado em: 9 jun. 2017.

10. A INAPLICABILIDADE DOS PRIVILÉGIOS A ALGUNS INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Como visto, segundo o entendimento das cortes brasileiras, a igualdade entre as partes não afasta as prerrogativas de entidades como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Fazenda Pública, as quais também abrangem as autarquias e as fundações públicas. Entretanto, o STF entende que essas prerrogativas não se estendem aos integrantes da administração pública indireta que prestam suas atividades sob o regime de direito privado.¹² Esse é o caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista:

Ementa: FINANCEIRO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PAGAMENTO DE VALORES POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. INAPLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIO. ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL CUJA REPERCUSSÃO GERAL FOI RECONHECIDA.

Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas. Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. – Eletronorte não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição). Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (STF, Plenário, RE n. 599.628/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Relator para o Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa, DJe: 17 out. 2011)

12 No mesmo sentido caminha a jurisprudência do STJ. Veja-se o AgRg no AREsp n. 762.268/SE, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe: 30 nov. 2015. Também na mesma linha: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO INTEMPESTIVO. COMPROVAÇÃO DE RECESSO FORENSE LOCAL EM AGRAVO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE. REGRA DO CPC/2015. PRECEDENTES DO STJ. EMPRESA PÚBLICA. PRAZO EM DOBRO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO EQUIPARAÇÃO DO A FAZENDA PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. AUSÊNCIA DE EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 281 DO STF, POR ANALOGIA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. [...] 4. É entendimento consolidado nesta Corte Superior que empresa pública não se enquadra no conceito de Fazenda Pública, com o intuito de obter prerrogativa voltada a concessão de prazo em dobro, razão pela qual, também por esse fundamento, permanece incólume o entendimento pela intempestividade do agravo em recurso especial. [...] 6. Agravo interno não provido. (STJ, 2ª Turma, AgInt no AREsp n. 1179770/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe: 14 maio 2018).

Da mesma forma, não há cogitação da extensão desses privilégios às entidades paraestatais com personalidade jurídica de direito privado, como já entendeu a corte suprema:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ENTIDADE PARAESTATAL. LEI ESTADUAL N. 12.398/98. PARANAPREVIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE DE EXECUÇÃO PELO RITO DOS PRECATÓRIOS [ART. 730, CPC]. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que as entidades paraestatais que possuem personalidade de pessoa jurídica de direito privado não fazem jus aos privilégios processuais concedidos à Fazenda Pública. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, 2ª Turma, AI n. 783.13 – AgR/PR, Rel. Min. Eros Grau, DJe: 14 maio 2010)

Por outro lado, quanto às empresas públicas, há uma casuística no que toca àquelas que prestam serviços públicos no regime de monopólio, como é o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Nesses casos, o STF entende serem essas empresas integrantes da Fazenda Pública, de modo que os privilégios também se lhes aplicam:

Ementa: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: EXECUÇÃO: PRECATÓRIO. I. Os bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, uma empresa pública prestadora de serviço público, são impenhoráveis, porque ela integra o conceito de fazenda pública. Compatibilidade, com a Constituição vigente, do D.L. 509, de 1969. Exigência do precatório: C.F., art. 100. II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: RREE 220.906-DF, 229.696-PE, 230.072-RS, 230.051-SP e 225.011-MG, Plenário, 16.11.2000. III. R.E. conhecido e provido. (STF, 2ª Turma, RE n. 220.907/RO, Rel. Min. Carlos Velloso, publicado em: 31 ago. 2001.

11. ADENDO: OUTRAS NOVIDADES DO NCPC QUE REPERCUTEM NAS DEMANDAS TRIBUTÁRIAS

Dentre os recursos existentes no CPC/73, apenas o agravo retido foi extinto. No entanto, criaram-se alguns mecanismos benéficos para a economia de tempo, sem afetar a segurança jurídica, além das pontuais alterações nas prerrogativas

processuais da Fazenda Pública. Como exemplo principal, tem-se o chamado incidente de resolução de demandas repetitivas, que terá bastante serventia na área tributária.

O incidente poderá ser amplamente utilizado nas causas tributárias envolvendo, eminentemente, teses. O juiz, o tribunal, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública podem suscitar o incidente, que deve ser dirigido ao presidente do tribunal. A aceitação do incidente requer a prova de que há efetiva repetição de processos contendo a controvérsia sobre a mesma questão, a qual deve ser unicamente de direito, além de coexistirem simultaneamente o risco de ofensa à isonomia e à insegurança jurídica.

Enquanto o tribunal analisa a matéria de direito contida no incidente, todos os processos que estão geograficamente na mesma região daquele tribunal e que tratam do mesmo tema ficam suspensos. Uma vez dada a decisão do incidente, a tese jurídica definida nesse procedimento será aplicável a todos os processos individuais ou coletivos – inclusive futuros – que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

Havendo, assim, alguma tese tributária a ser discutida, a própria parte poderá requerer que ela seja julgada na forma do incidente. O julgamento de um único caso será automaticamente aplicado a casos passados e futuros, acabando, assim, com a controvérsia de direito. Esse modelo difere do anterior, porquanto antes todo e qualquer caso repetido referente a uma tese tributária deveria contar com julgamento próprio por juiz competente, o que acabava por retardar a resolução do mérito. Essa inovação é benéfica não só ao contribuinte, mas à própria Fazenda Pública, a qual também aproveita a resolução mais célere dos conflitos.

12. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As alterações principais promovidas pelo NCPC levaram em conta o desejo do legislador de acelerar o trâmite de demandas, sem esquecer da preservação da segurança jurídica das partes no processo, de modo que possa se chegar a uma decisão final célere, mas que respeite o contraditório e a ampla defesa.

As prerrogativas processuais da Fazenda Pública, como se nota, sofreram algumas alterações, sendo que em alguns casos pode-se notar uma tendência da legislação de mitigar um pouco o seu alcance, a fim de tentar equilibrar um pouco mais a relação processual quando uma das partes é a Fazenda Pública. Todavia, isso não ocorreu em todas as situações, como no caso da novel disposição por meio da qual a Fazenda, após interposto o agravo interno, não necessita promover o depósito

prévio da multa a ser paga ao agravado caso queira interpor novo recurso. Os contribuintes, por outro lado, devem fazê-lo caso queiram exercer o seu direito recursal, o que se traduz no aumento da desigualdade entre as partes.

Em linhas gerais, no entanto, a nova lei processual foi modernizada, apresentando mudanças salutares a todos a fim de prestigiar uma maior celeridade na entrega da prestação jurisdicional, sem qualquer efeito nefasto à segurança jurídica subjacente a uma democracia constitucional. Esse fato não impede que as prerrogativas processuais da Fazenda Pública, ao longo da vigência do NCPC, sejam repensadas a fim de conferir maior paridade entre o Estado e o contribuinte, especialmente havendo alterações na estrutura de defesa dos órgãos públicos, como já comentado no curso do presente trabalho.

AS LIDES TRIBUTÁRIAS E OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PREVISTOS NO NCPC: MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Priscila Faricelli de Mendonça

1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil (NCPC), de 2015, tem como um dos seus pilares o incentivo à adoção de meios alternativos de solução de controvérsias, como mediação, conciliação e arbitragem.

Ainda na parte geral, em seu art. 3º, prescreve que o “Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual de conflitos” (§ 2º), havendo estímulo a mediação, conciliação e outros métodos de solução consensual de conflitos no § 3º do dispositivo, o que deve ser encorajado “por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Há toda uma seção voltada à regulamentação das atividades de mediadores e conciliadores judiciais (art. 165 a 175), e o réu passa a ser citado para comparecer à audiência de conciliação ou de mediação (desde que preenchidos os requisitos da petição inicial e que a solução para o conflito admita **autocomposição**), ficando a resposta (contestação) para ulterior momento processual. Juízes e tribunais devem, a todo o tempo, fomentar e incentivar as soluções de controvérsias judiciais por métodos autocompositivos.

O legislador seguiu diretrizes da Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que prevê política para inserção de mediação e conciliação obrigatórias no âmbito do próprio judiciário, assumindo, portanto, a premissa de que tratamento adequado ao conflito deverá ser aquele que verifique a solução que

melhor atenderá ao interesse envolvido, seja em conflito coletivo (envolvendo o meio ambiente, por exemplo), seja em conflito envolvendo determinado indivíduo (como o contratual).

E não parece haver na legislação qualquer elemento ou critério a afastar dessa perspectiva os conflitos tributários, parcela relevante das demandas atualmente em andamento. Dados do Supremo Tribunal Federal (STF) mostram que as ações tributárias e previdenciárias representavam 15,47% dos recursos em andamento perante a corte em setembro de 2009. Já no ano de 2012, esse percentual alcançou 22,31% dos recursos autuados no STF e, em 2015, chegamos ao expressivo percentual de 25,1%.¹

Por certo a celeridade e a emissão de solução adequada sob perspectiva de ambas as partes são premissas para fornecimento de justiça e de meios adequados à solução de qualquer conflito, o que não escapa dos conflitos tributários. Assim, a questão que se propõe investigar é se a audiência de mediação ou conciliação seria aplicável aos casos tributários, bem como em qual medida. Para tanto, será analisado o critério do legislador para a adoção da audiência e também a natureza do crédito tributário, sobretudo em razão de relevante corrente que entende se tratar de instituto indisponível.²

2. A NATUREZA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

2.1 Disponibilidade do crédito tributário

Muito se discute na doutrina se seria viável a solução de controvérsia tributária por método alternativo ao jurisdicional estatal. Questiona-se se o crédito tributário é ou não disponível, de forma que, a depender da conclusão, seria ou não permitida a submissão das controvérsias tributárias a modalidades de solução que envolvam qualquer espécie de acordo ou negociação.

Para tanto, a primeira vertente a ser considerada é o texto constitucional, topo do ordenamento jurídico e ao qual todo o sistema legal tributário se sujeita. Não se legrou localizar, na Constituição Federal, qualquer óbice ou ressalva à instauração

1 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireito>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

2 Na obra “Arbitragem e transação tributárias”, *Gazeta Jurídica*, São Paulo, 2014, analisamos em profundidade a questão da disponibilidade do crédito tributário (p. 30-44).

de métodos autocompositivos para solução de controvérsias tributárias.³ Pelo contrário: uma interpretação valorativa dos preceitos constitucionais tributários permite concluir que a tributação não confiscatória e que segue a estrita legalidade deve permitir diálogo e interpretação razoável de normas e diretrizes fiscais. Em se tratando de solução de controvérsias, nada mais “constitucional” que métodos que incentivam solução autocompositiva de conflitos. Afinal, a relação jurídico tributária é perene e por certo involuntária.⁴

A seu turno, o Código Tributário Nacional (CTN) traz a definição do tributo como “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”, e justamente por tal definição parte da doutrina repulsa a solução alternativa para controvérsias fiscais, na medida em que sua cobrança decorre de exercício de atividade vinculada à administração pública.

O interesse público, como já ousamos expor,⁵ não é absolutamente indisponível na medida em que prevalece o interesse da sociedade em detrimento do interesse estatal absoluto. O interesse público não necessariamente será o interesse “individual” do Estado, pois há vertentes no direito público que homenageiam o interesse coletivo em detrimento do interesse individual do ente estatal. Trazendo tal concepção à seara tributária, é possível afirmar que não basta arrecadar o tributo; é necessário que a arrecadação se opere de forma justa e coerente com os anseios sociais e com as necessidades da máquina estatal.

Ricardo Lobo Torres,⁶ analisando justamente a possibilidade de conciliação tributária, salienta que a atual processualidade deve homenagear o interesse

3 Heleno Taveira Torres, exatamente nesse sentido, salienta que a existência de métodos alternativos para solução de conflitos tributários não encontra óbice na Constituição Federal na medida em que não há dispositivo constitucional vedando a sua instituição. Mais adiante, o professor ensina que os métodos alternativos poderão servir tanto para prevenção quanto para solução das lides já pendentes (*Princípios da segurança jurídica e transação em matéria tributária: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários*).

4 Sobre a involuntariedade na relação tributária entre fisco e contribuinte, vide nossa obra “Arbitragem e transação tributárias” (, op. cit, p. 101).

5 Na obra “Arbitragem e transação tributárias” (op. cit, p. 30).

6 TORRES, Ricardo Lobo. Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de; GUIMARÃES, Vasco Branco. (Org.) *Transação e arbitragem no âmbito tributário*: homenagem ao jurista Carlos Mario da Silva Velloso. São Paulo: Fórum, 2008. p. 107.

coletivo em detrimento dos anseios individuais dos entes arrecadadores. Como ensina o professor,

o princípio da supremacia do interesse público gerava a processualidade fundada na superioridade dos interesses da Fazenda Pública. A nova processualidade fiscal pressupõe a crítica vigorosa ao princípio da supremacia do interesse público. Hoje parte importante da doutrina brasileira repeliu a tese da superioridade do interesse público, separando o interesse da Fazenda Pública do interesse público. O interesse fiscal, na época do processo administrativo tributário equitativo, só pode ser o interesse de arrecadar o imposto justo, fundado na capacidade contributiva.

O que o CTN traz por indisponível no mencionado dispositivo é a **atividade** de arrecadar o tributo, nos termos do art. 3º, na medida em que o administrador não pode abandonar, por caprichos, a função de fiscalizar, lançar e arrecadar o crédito tributário, sob pena de desvio de sua atividade funcional e também da atividade estatal. Ou seja, indisponível, de fato, é a **atividade de cobrança** do crédito tributário, e não o crédito tributário *per se*. Como salienta Heleno Taveira Torres,⁷ a competência tributária constitucionalmente outorgada⁸ é indisponível, mas isso não significa dizer que o crédito tributário seria igualmente indisponível.

Não fosse dessa forma, o próprio CTN não conteria a possibilidade de o crédito tributário ser anistiado, transacionado, remido ou mesmo parcelado, consoante permissão expressa dos art. 151, 156, 171 e 180. Ou seja, a possibilidade de o poder público dispor do crédito tributário se encontra prevista no CTN.⁹ O que se entende por requisito essencial, de fato, é a plena vinculação das hipóteses de renúncia/disposição do crédito a criteriosos requisitos e parâmetros legais.

Afinal, não faria sentido a letra da lei viabilizar, nos termos em que prevê, que o Estado renuncie ao recebimento do crédito tributário em determinadas situações e, em contrapartida, qualificar o crédito fiscal por instituto indisponível, ainda que nos termos da lei. Tal conclusão decorre da própria natureza pecuniária do tributo.

7 TORRES, Heleno Taveira. Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes: simplificação e eficiência administrativa. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 86, São Paulo, 2002. p. 56.

8 Art. 153, 154, 155 e 156 da Constituição Federal.

9 Na obra "Arbitragem e transação tributárias", op. cit., p. 78.

Pedro A. Batista Martins¹⁰ ressalta que os interesses e os direitos do Estado que tenham **expressão patrimonial** são disponíveis e, a partir dessa premissa, a definição do art. 3º do CTN qualifica o crédito tributário por disponível. Assim, o aspecto **indisponível** mencionado no artigo prescreve não haver possibilidade de a administração pública **dispor da fiscalização e da arrecadação crédito tributário**, sem que se conceda tal roupagem ao crédito tributário.

O que não se pode perder de vista, essencialmente, é a legalidade estrita que norteia toda e qualquer atuação do poder público, mormente em se tratando de aspectos tributários, nos termos dos art. 5º e 150, inciso I, da Constituição Federal. A possibilidade de o poder público dispor do crédito tributário é efetiva, existente e real, na medida em que o CTN permite anistia, remissão ou mesmo transação. A disponibilidade e a patrimonialidade necessárias à adoção da arbitragem para solução do conflito tributário, requisitos legais essenciais à definição da arbitrabilidade das controvérsias em exame, se encontram, portanto, presentes. Resta saber se a opção pela solução arbitral implicaria ou não na disposição do crédito tributário, ou se consiste em atendimento do requisito legal.

Em outras palavras, a indisponibilidade do crédito tributário, atendendo aos requisitos e às premissas legais, estará acompanhada de aspectos intrínsecos que lhe conferirão validade e efetividade, sempre respaldada em fundamento legal para qualquer espécie de solução convencional. Desse modo, não parece que a natureza do crédito tributário seja incompatível com o critério eleito pelo legislador processual civil para definir a viabilidade de realização de audiências de conciliação e mediação.

2.2 Legalidade frente a conciliação e mediação

A legalidade é apontada tanto pela doutrina como pelo CTN como elemento essencial e condicionante da transação tributária e de toda e qualquer situação que interfira nos aspectos da regra matriz de incidência tributária, o que por certo alcança a mediação e a conciliação. Nos termos da Constituição Federal, a legalidade estrita é intrínseca a qualquer relação jurídico-tributária (art. 150, inciso I).

A conciliação é método de solução de controvérsias alternativo ao jurisdicional estatal e pode ser exemplificada pela intervenção de um terceiro imparcial ao

10 MARTINS, Pedro A. Batista. O Poder Judiciário e a arbitragem: quatro anos da Lei n. 9.307/96 (3ª parte). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 359, p. 169, 2002.

conflito, a se operar em âmbito judicial ou extrajudicial, que auxilia as partes a produzirem um acordo. O conciliador pode sugerir um acordo às partes, participando ativamente da definição da solução que será atribuída ao conflito. Como ensina Fernanda Tartuce,¹¹ o objetivo do conciliador é alcançar um acordo satisfatório e que evite complicações futuras entre as partes.

Cândido Rangel Dinamarco¹² explica que a conciliação exercida pelo juiz aproxima as partes com vistas a obter autocomposição, eliminando o litígio com pacificação social e cumprimento do **objetivo social da jurisdição**. Dinamarco destaca que a conciliação pode se dar para realização da transação, ou mesmo para reconhecimento do pedido pelo réu ou renúncia ao direito pelo autor da ação.

Athos Gusmão Carneiro¹³ destaca que

a conciliação judicial marca um ponto de encontro entre a autocomposição e a heterocomposição da lide. É autocomposição porque as próprias partes tutelam seus interesses, fixando livremente o conteúdo do ato que irá compor o litígio; mas tal ponto de convergência é encontrado por iniciativa e sob as sugestões de um mediador qualificado, que buscará conduzir as partes no sentido de uma composição consonante com a equidade.

Diferentemente se tem a solução por mediação, na qual as partes anuem sobre a solução ao conflito sem a interferência direta de um terceiro.¹⁴ Pode-se resumir, sem aprofundar as diferenças procedimentais dos institutos, que o conciliador propõe soluções e auxilia ativamente as partes na formulação da solução mais adequada ao conflito, enquanto o mediador apenas auxilia as partes a alcançar solução satisfatória ao conflito, sem lhes impor ou ativamente sugerir prescrições.

Ao incrementar as situações nas quais a audiência de mediação ou conciliação será realizada, o legislador do NCPC fez expressa menção à qualidade do direito

11 TARTUCE, Fernanda. *Mediação como meio de composição de conflitos civis*. Dissertação de mestrado – FADUSP, 2007.

12 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 3.

13 CARNEIRO, Athos Gusmão. *A conciliação no novo Código de Processo Civil*. Disponível em <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1015391/DLFE-51740.pdf/REVISTA3046.pdf>>. Acesso em: 24 dez. 2013.

14 Notas sobre essa diferença entre conciliação e mediação já foram feitas no artigo “Conciliação tributária na Justiça Federal frente à natureza indisponível do crédito tributário”. In: *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*.

em disputa, ou seja, deve tratar-se de direito que permita **autocomposição**. É importante notar a sutil evolução do NCPC frente à legislação anterior. Pela letra do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), a conciliação judicial poderá se operar quanto a **direitos patrimoniais disponíveis**. Já o legislador de 2015 prescreve que os magistrados devem, a qualquer tempo e grau de jurisdição, promover a autocomposição (art. 139, inciso V), afora eleger condição autocompositiva do bem jurídico em disputa como eletiva de negócio jurídico processual (art. 190)¹⁵ e eleger a causa à viabilidade de realização de audiência de conciliação/ mediação (art. 334, § 4º, inciso II).

Uma vez que há no próprio CTN distintas hipóteses em que pode haver acerto entre fisco e contribuinte no tocante ao crédito tributário (transação, anistia, remissão etc.), não parece haver dúvidas quanto à natureza autocompositiva do crédito tributário. O CTN, no art. 171, estabelece que a **transação tributária será delineada em lei**,¹⁶ o que corrobora a necessidade de previsão legal específica a regulamentar o instituto e, por consequência, permite que, nos termos da lei, haja transação sobre crédito tributário.

Ademais, a previsão da transação não precisa ser complementar na medida em que o próprio CTN, lei recebida com *status* de complementar pela ordem constitucional vigente, estabelece que poderá haver regulamentação legal sobre a

15 “Art. 190. Versando o processo sobre direito que admita autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

16 Vale destacar o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no sentido de que a transação firmada pelo poder público prescinde de autorização expressa por lei, sob pena de nulidade: “ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE, POR SE TRATAR DE RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA E EXPRESSA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. NULIDADE. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART.82, III, DO CPC. 1. A transação celebrada entre representante do Poder Público e as concessionárias do serviço público, versando cláusulas do contrato administrativo, sua validade, extensão e eficácia, somente poderão ser apreciadas à luz de regras fixadas pelo direito público. 2. É regra pacífica que as autoridades administrativas não podem transigir, na execução dos contratos administrativos, nem os rescindir mediante indenização sem lei autorizativa. 3. Precedente do STF (RE n. 79.102-BA, Rel. Min. Bilac Pinto, RTJ 78/194). 4. In casu, restou configurado o interesse público a exigir a intervenção do Ministério Público no processo, consoante dispõe o art.82, III, do CPC. 5. Interpretação dos arts. 1.035 do Código Civil e 82, III, do CPC. 6. Apelação conhecida e provida. (Apelação Cível n. 2000.04.01.097971-2/PR, Rel. Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz).

transação.¹⁷ A esse respeito, vale destacar que a despeito de haver mandamento constitucional no sentido de que a lei complementar é competente para dispor sobre normas gerais em matéria de legislação tributária (art. 146, inciso III, da Constituição Federal), mediante expressa disposição do CTN no sentido de que a transação poderá ser instituída em lei, entende-se pela desnecessidade de edição de legislação com *status* complementar para dispor dos detalhes da transação.¹⁸

Ora, se o CTN prescreve que a lei disporá sobre a transação tributária e, a seu turno, o NCPC, lei ordinária, prevê realização de audiência de mediação ou conciliação para as lides postas em juízo que tratem de direito que permita auto-composição, parece-nos que a lacuna legal tenha sido preenchida pelo legislador processual para que ocorra mediação e conciliação também em causas tributárias. Isso não significa, no entanto, que na conciliação o fisco poderá livremente dispor do crédito tributário. A disposição, por certo, demanda lei específica que apresente critérios e diretrizes que poderão ser adotados pelos agentes públicos.¹⁹ Contudo, há aspectos que norteiam as lides judiciais fiscais tributárias que poderão ser debatidas e objeto de autocomposição entre as partes, na medida em que não representem disposição do crédito tributário.

Nos termos avaliados, entende-se pela inexistência de óbice constitucional ou mesmo normativo para fins de adoção da audiência de mediação e conciliação para as causas tributárias. A um, o critério eleito pelo legislador processual remete à possibilidade de autocomposição sobre o direito em disputa e o crédito tributário, afora sua indissociável natureza patrimonial, e permite transação e outras formas de negociação entre fisco e contribuinte.

No mais, o próprio CTN demanda edição de legislação que trate da transação tributária e o NCPC, lei ordinária, prevê mediação e conciliação para causas judiciais postas em juízo. Pode-se concluir, portanto, que, ao prever a audiência de mediação e conciliação, o legislador processual acabou por tratar de disposição regulamentar ao art. 171 do CTN, permitindo que questões tributárias sejam objeto de negociação na audiência de mediação ou conciliação.

17 Nesse sentido, veja nosso *Arbitragem e transação tributárias*. p. 200.

18 Vale destacar que a lei complementar será fundamental para conferir à transação os efeitos do art. 151 do CTN, como também para viabilizar que, durante processo de transação e antes de se operar a extinção do crédito tributário, o contribuinte emita Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa. Tais aspectos encontram-se inseridos em projeto de lei que tramita no Congresso Nacional.

19 Nesse sentido, veja nosso “Arbitragem e transação tributárias”, op.cit., p. 185.

3. MATÉRIAS OBJETO DE NEGOCIAÇÃO EM AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E/OU MEDIAÇÃO

Diante das diretrizes legais e constitucionais, vimos que o crédito tributário permite disposição pelo fisco nos termos da lei; em contrapartida, há questões marginais das disputas tributárias que, na medida em que não representem disposição do crédito fiscal, poderão ser objeto de autocomposição entre as partes.

Um exemplo a ser mencionado de possíveis questões que poderiam ser debatidas em audiência, visando à composição entre as partes, são os critérios de garantia necessários à discussão judicial do crédito tributário (garantia de juízo de execução fiscal ou mesmo em sede de ação anulatória) que viabilizem a emissão de Certidão Negativa de Débitos (CND). Há critérios formais de fianças bancárias ou seguros-garantia oferecidos pelos contribuintes como garantia a crédito tributário, por exemplo, que podem ser objeto de negociação entre as partes como forma de viabilizar a discussão judicial e a concomitante comprovação de regularidade fiscal do contribuinte.

A própria situação que permita emissão de CND ou Certidão Positiva com Efeitos de Negativa (CPEN) poderá ser igualmente objeto de acerto entre as partes, na medida em que haja condições a viabilizar o atendimento ao pleito do contribuinte. Negócios jurídicos processuais, conforme previsão do art. 191 do NCPC, igualmente poderão ser objeto de negociação para, por exemplo, nomeação de perito ou mesmo definição de que na fase pericial as partes deixarão de nomear assistentes técnicos.

Até a definição das provas que serão produzidas em juízo, desde que haja ampla participação das partes envolvidas no momento de fixação dos pontos controvertidos do processo, pode ser negociada. O entendimento entre as partes sobre essas questões que revolvem as disputas tributárias contribuiria não apenas para uma mais célere tramitação das medidas judiciais, mas também para aprimorar o diálogo entre as partes envolvidas (fisco e contribuinte).

Enfim, são situações que envolvem prolongadas e acirradas discussões judiciais que poderiam ser objeto de negociação entre advogados e procuradores, sempre, por certo, nos limites e sob critérios legais, com o objetivo de implementar o melhor interesse público no processo judicial célere, justo, razoável e efetivo.

4. CONCLUSÃO

Um dos pilares do NCPC é o incentivo à adoção de meios alternativos de solução de controvérsias, dentre os quais destacamos mediação, conciliação e arbitragem.

A noção de que tais métodos não alcançariam as disputas tributárias,²⁰ no entanto, deve ser rechaçada.

Por certo, a celeridade e a emissão de solução adequada sob perspectiva de ambas as partes são premissas para fornecimento de justiça e de meios adequados à solução de qualquer conflito, o que não escapa aos conflitos tributários; mas, como contrapartida, isso não se confirma no dia a dia dos litígios fiscais.

Afasta-se, de início, a indisponibilidade absoluta dos créditos tributários. Não fosse dessa forma, o próprio CTN não conteria a possibilidade de o crédito tributário ser anistiado, transacionado, remido ou mesmo parcelado, consoante permissão expressa dos art. 151, 156, 171 e 180. Ora, não faria sentido a lei viabilizar que o Estado renuncie ao recebimento do crédito tributário em determinadas situações, mas, em contrapartida, qualificar o crédito fiscal por instituto indisponível. Ou seja, a possibilidade de o poder público dispor do crédito tributário se encontra prevista no CTN, desde que haja plena vinculação das hipóteses de renúncia/disposição do crédito tributário a parâmetros legais.

Está preenchido, assim, o primeiro dos critérios que desaguam na viabilidade da audiência de mediação/conciliação em demandas tributárias: o critério eleito pelo legislador processual, a saber, permissão de autocomposição sobre o direito em disputa, que viabiliza composição em ação que discuta questão fiscal.

Se o CTN deixa para a lei dispor sobre a transação tributária e, por sua vez, o NCPC, lei ordinária, prevê a mediação ou a conciliação para as lides postas em juízo que permitam autocomposição, parece-nos que o legislador processual abriu a possibilidade de que ocorra mediação e conciliação também em causas tributárias.

Isso não quer dizer que, na audiência, o fisco poderá livremente dispor do crédito tributário. A disposição do crédito, como visto, demanda lei específica que apresente critérios e diretrizes que poderão ser adotados pelos agentes públicos, sempre em atendimento à plena legalidade, com precisa indicação da parcela “disponível” da receita fiscal.

Há ainda aspectos marginais das disputas tributárias que poderão ser objeto de autocomposição entre as partes, na medida em que não representem disposição do crédito tributário, como especificidade de garantias, direito a emissão

20 Vale destacar que deparamos, em vivência prática, com inúmeras decisões judiciais que recebem lides tributárias ajuizadas já sob a égide do NCPC e afastam a audiência de mediação/conciliação por se tratar o crédito tributário de instituto indisponível.

de CND, fixação de pontos controvertidos, nomeação de peritos etc. Ou seja, situações que costumam envolver prolongadas e acirradas discussões judiciais, que poderão ser objeto de negociação entre advogados e procuradores públicos, com o objetivo de implementar o melhor interesse público no processo judicial célere, justo, razoável e efetivo.

Este é, por certo, o momento de deixar dogmas e premissas um tanto quanto ultrapassados para permitir que a tributação seja feita de forma mais efetiva, participativa e justa – o que demanda uma melhoria do ambiente contencioso que envolve fiscos e contribuintes.

NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NO CONTENCIOSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO

Daniella Zagari Gonçalves

Carla Mendes Novo

Adolpho Augusto Lima Azevedo

1. INTRODUÇÃO

Toda mudança gera certa perplexidade diante do **novo**, exigindo do operador do direito que revise conceitos e, por que não dizer, preconceitos. É sempre mais confortável estar ao lado do conhecido.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC), a doutrina, a jurisprudência e os operadores do direito estão sendo desafiados a novas interpretações, à quebra de paradigmas e também à busca por soluções inovadoras, tudo para que o direito processual atinja sua finalidade, seja na esfera social, política ou jurídica.¹

O legislador do NCPC priorizou o **método processual-constitucional**,² explicitando e valorizando as garantias constitucionais do processo e externando

1 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

2 Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque: “A técnica constitui fator essencial à ideia de processo. Concebido este como instrumento de que a função jurisdicional do Estado se serve para colocar fim às crises existentes no plano do direito material, necessário regular a maneira como ele opera. É fundamental que o instrumento atue segundo técnica adequada e apta a possibilitar que os fins sejam atingidos. Esta é a função e formalidades processuais, cuja razão de ser encontra explicação fundamentalmente em fatores externos ao próprio processo. Mas processo não é, e nem poderia ser, somente forma. Toda a organização e a estrutura desse mecanismo encontram sua razão de ser nos valores e princípios constitucionais por ele incorporados. A

suas ambições, dentre outras, de prestigiar a razoável duração do processo, sua efetividade e também a cooperação entre os sujeitos do processo. O princípio da cooperação, aliás, é desdobramento da garantia constitucional do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. O fato de se exigir a cooperação entre as partes não significa que devam convergir sobre o direito em discussão – o que seria um contrassenso –, mas uma orientação para que atuem em harmonia e com lealdade recíproca em busca da prestação da tutela jurisdicional justa e efetiva.³ E a cooperação, claro, é entre todos os sujeitos do processo: partes e juiz.

É nesse contexto que surge o art. 190 do NCPC, ao prever o chamado **negócio jurídico processual**:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

O que se quer é valorizar o consenso nas questões processuais que tantas vezes se tornam as grandes vilãs da justiça, com ênfase na autonomia da vontade das partes, tudo de forma a **propiciar o redimensionamento e a democratização do próprio papel do poder judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido**;⁴ ou seja, é a atividade jurisdicional racionalizando e otimizando seus métodos em busca da efetividade e da eficácia do direito, privilegiando o princípio da primazia da resolução do mérito.⁵

técnica processual, em última análise, destina-se a assegurar o justo processo, ou seja, aquele desejado pelo legislador ao estabelecer o modelo constitucional ou devido processo constitucional. De nada adiante o processo regular do ponto de vista formal, mas substancialmente em desacordo com os valores constitucionais que o regem” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 26).

- 3 BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- 4 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócio jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio de passos; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- 5 Refletida em diversos dispositivos do NCPC, de que são exemplos os art. 317, 321 e 801.

Por se tratar de ato praticado no âmbito da autonomia da vontade das partes, sua aplicação está restrita aos direitos que admitam autocomposição. Nesse contexto, como efetivar a ideia de um processo consensual quando em um dos polos da lide está a Fazenda Pública? Isto é, quando o direito que se pretende tutelar está diretamente relacionado com o princípio da indisponibilidade do interesse público?

Especificamente na seara tributária, a atuação **vinculada** da administração (que, portanto, em princípio não teria flexibilidade ou autonomia para negociar) pode parecer vir refletida no art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN): “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Não identificamos nenhum óbice à celebração de negócios jurídicos processuais entre Fazenda Pública e particular; ao contrário, no âmbito do Estado Democrático de Direito, em que não mais se admite que a administração atue de forma rígida e unilateral, deve ser estimulada a celebração de negócios jurídicos processuais, como forma também de propiciar o diálogo entre administração e administrado. Mas não só por isso, como se verá.

2. LINHAS GERAIS SOBRE OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E SUA POSITIVAÇÃO NO NCPC

A análise dos negócios jurídicos processuais deve ser precedida pelo exame do conceito de negócio jurídico. Segundo Miguel Reale, (acho que essa parte também deveria ficar em rodapé)⁶.

negócio jurídico é aquela espécie de ato jurídico que, além de se originar de um ato de vontade, implica a declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico. Tais atos, que culminam numa relação intersubjetiva, não se confundem com os atos jurídicos em sentido estrito, nos quais não há acordo de vontade, como, por exemplo, se dá nos chamados atos materiais, como os da ocupação ou posse de um terreno, a edificação de uma casa no terreno apossado, etc.

6 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 208-209.

A manifestação de vontade das partes é o núcleo central do instituto, o cerne da teoria dos negócios jurídicos. Vale dizer, a declaração de vontade de criar a relação jurídica é essencial para sua existência. Apesar de os negócios jurídicos terem se originado no âmbito do direito privado, no qual se desenvolveram com maior amplitude, há negócios jurídicos que nascem no decorrer da relação jurídica processual.⁷

A ideia de negócio processual, como bem aponta a doutrina, não representa propriamente uma novidade no sistema jurídico, que já contava com algumas modalidades típicas ao tempo do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), como a possibilidade de modificação das regras de competência relativa (foro de eleição), a suspensão do processo por vontade das partes, o adiamento de audiência e a reparação do ônus da prova.⁸ A novidade é a instituição dessa **cláusula geral**, como verdadeiro incentivo à celebração do negócio processual, inclusive os atípicos, privilegiando a autonomia da vontade das partes e, substancialmente, visando eliminar os entraves processuais burocráticos que postergam a resolução do mérito.

O art. 190, cláusula geral dos negócios jurídicos processuais,⁹ possibilita que as partes, mediante manifestação de vontade,¹⁰ disponham sobre procedimento, ônus, faculdades e deveres processuais, com o objetivo de racionalizar, otimizar e colaborar com a prestação da tutela jurisdicional.¹¹

7 Nas palavras de Pontes de Miranda: “Há negócios jurídicos que se perfazem durante relação jurídica processual. [...] Alguns negócios jurídicos privados são conteúdo de ato processual (a transação judicial, a compensação etc.). Vistos pelo lado do direito processual, são atos processuais. Vistos pelo lado do direito material, são negócios jurídicos privados. Os dois ramos do direito entaçam o mesmo ato, submetendo-o aos seus preceitos. Os efeitos de direito material independem da eficácia ou subsistência da eficácia como ato processual, salvo regra do direito material” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983).

8 Respectivamente, art. 111, 265, inciso II, § 3º, 453, inciso I, e 333. Neste sentido, YARSHELL, Flavio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: CABRAL, Antonio de Passos; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 75.

9 Os ilustres professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery intitulam o referido dispositivo como uma verdadeira **cláusula geral de atipicidade de negócios processuais**. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

10 Enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) n. 404: “Nos negócios jurídicos, atender-se-á mais à intenção consubstanciada na manifestação de vontade do que ao sentido literal da linguagem”.

11 Enunciado FPPC n. 405: “Os negócios jurídicos processuais devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Enunciado FPPC n. 407: “Nos negócios processuais,

Como bem sistematizado por Mirna Cianci e Bruno Lopes Megna,¹² a regra geral dos negócios jurídicos processuais exige que sejam celebrados (i) somente por sujeitos processuais capazes (agentes); (ii) antes ou durante o curso do processo (tempo), (iii) em sede judicial (lugar), (iv) envolvendo direito que admita autocomposição (matéria);¹³ (v) podendo expressar declarações de vontade (forma) para (iv) estipular mudanças no procedimento de forma a ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais (objeto).

Em que pese a aparente abrangência da disposição, sua aplicação fica sujeita a controle de validade pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte. O juiz deverá recusar aplicação à convenção em casos de nulidade e de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

No campo da validade, por se tratar de negócio jurídico, aplicam-se, de regra e no que for pertinente, os mesmos princípios e condições que regem os negócios jurídicos em geral previstos no Código Civil¹⁴ sem prejuízo, claro, das especificidades da legislação processual que devem ser observadas. A título de exemplo, convenção processual que admitisse a utilização de prova ilícita haveria de ser rechaçada, por ilegal (objeto ilícito).¹⁵

A doutrina tem cuidado de sistematizar o espaço não reservado à autocomposição processual: de modo geral, tudo aquilo que interfira no exercício do poder do Estado (jurisdição), no devido processo legal, na igualdade entre os litigantes (a chamada **paridade de armas**), nos poderes do juiz e em normas processuais cogentes. É bem verdade que a fórmula, assim colocada, não fica isenta de

as partes e o juiz são obrigados a guardar nas tratativas, na conclusão e na execução do negócio o princípio da boa-fé”.

12 CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, Antonio de Passos; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. 2. ed. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 623-624.

13 Enunciado FPPC n. 135: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

14 Art. 104 e seguintes do Código Civil.

15 Enunciado da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) n. 37: “São nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação”.

dúvidas, pela generalidade, não havendo aqui também qualquer pretensão de esgotar o tema, que é ainda bastante recente.

Interferir na jurisdição e no devido processo legal (e, por conseguinte, em norma cogente) é, por exemplo, pretender limitar o exercício da atividade do juiz, as partes estipularem recurso não previsto em lei, dispensarem o dever de motivação das decisões judiciais, pretenderem modificar regras sobre competência absoluta, instituírem novas hipóteses de ação rescisória, dentre outros.¹⁶

Mas, por outro lado, nada impede que as partes convençionem reduzir os prazos processuais de comum acordo, ou concordem em não apresentar recursos de sentença ou acórdãos em segundo grau de jurisdição, a bem de uma prestação jurisdicional mais célere,¹⁷ justamente porque os prazos e os recursos são instituídos como direito e prerrogativa das partes, que podem dos primeiros se utilizar em tempo mais exíguo e dos segundos sequer se valerem, conformando-se com o resultado da decisão recorrível. Esse seria um negócio processual atípico plenamente cabível.

Portanto, respeitados os limites mencionados, voltados à ordem pública, ao controle de validade e à eventual hipossuficiência de uma das partes que possa resultar em desigualdade no plano processual, nada impede que as partes, em comum acordo, estabeleçam outros negócios jurídicos processuais (atípicos),¹⁸ visando à efetividade do direito pelo e no processo. O propósito do instituto é prestigiar a autorregulação consensual das partes no que diz respeito às suas próprias posições, ônus e faculdades, **sem que exista a prolação de uma decisão**

16 Neste sentido, o Enunciado Enfam n. 36: “A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância improba; b) subtraiam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de *amicus curiae*; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei”.

17 Se este tipo de estipulação (supressão de recurso em processo envolvendo a Fazenda Pública) é cabível é matéria objeto do tópico seguinte.

18 A título exemplificativo, são passíveis de negócio jurídico, dentre outros: renúncia ao direito de interpor recurso, convenção sobre a distribuição do ônus da prova, eleição do foro em que deve ser processada e julgada a ação e acordo de penhorabilidade ou impenhorabilidade. Igualmente, o FPPC editou o Enunciado n. 490, que apresenta um rol exemplificativo de negócios jurídicos processuais admissíveis.

judicial de accertamento de direitos,¹⁹ ou seja, efetivada pela simples negociação direta, sujeita a controle jurisdicional.

Dessa forma, o magistrado deixa de atuar somente como aplicador do direito para também operar como agente de controle dos negócios processuais, de forma a se aproximar de seus interlocutores. Nesse sentido:

O juiz passa a ter um novo perfil funcional: não é mais autoridade que se presta unicamente a dizer o direito: é autoridade que – com atuação conciliadora – se volta para recepcionar as partes, em seus lúdicos anseios, para que elas possam ajudá-lo a dizer o direito, conformado para a experiência de cada um dos litigantes. Doravante as partes – no processo civil em geral – assumem um papel de interlocução mais próxima do juiz, não como antagonistas que aguardam decisão, mais como protagonistas que constroem a decisão. O juiz, de sua parte, deixa de exercer a autoridade como uma dádiva ao súdito, mas permite que as partes o ajudem na tarefa de escolher a solução e dá-la na dose devida aos pacientes.²⁰

3. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E SUA APLICABILIDADE NAS LIDES TRIBUTÁRIAS

A questão fundamental que surge nos processos envolvendo Fazenda Pública e contribuinte é se, diante da indisponibilidade do interesse público, e tratando-se a atividade administrativa de arrecadar tributos plenamente vinculada (art. 3º, CTN), como referido no preâmbulo deste texto, haveria espaço para celebração de negócio jurídico processual, que só é possível quando versem sobre direitos que admitam autocomposição.

Fixemos desde logo nossa premissa. Parece-nos que os direitos a que se refere a norma do art. 190 do NCPC não são os direitos materiais controvertidos em juízo, cujo mérito da causa será solucionado pelo juiz. O negócio processual se destina a fazer, de comum acordo, modificações no procedimento para ajustá-lo

19 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

20 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 760.

às especificidades da causa na atribuição de ônus da prova, na convenção sobre poderes, ônus e deveres processuais. Ou seja: **direitos tipicamente processuais**.

Portanto, os direitos que admitam autocomposição, a nosso ver, só podem ser os direitos processuais que serão objeto dos negócios jurídicos de que trata o art. 190.²¹ Estarão fora desse espectro, como visto, as normas cogentes referidas na seção precedente²² e todas as demais que de alguma forma possam violar a **paridade de armas**, o devido processo legal ou limitar os poderes do juiz; além, é claro, daquelas taxativamente expressas no próprio art. 190.

Ainda para quem não compartilhe desse entendimento e veja na norma do art. 190 do NCPC a expressão “**direitos que admitam autocomposição**” como envolvendo a própria pretensão de direito material deduzida em juízo, tampouco nos parece haver empecilhos à celebração de negócio jurídico processual entre Fazenda Pública e contribuinte. A indisponibilidade do interesse público, aqui, precisa ser **desmistificada**.

A autocomposição em casos em que a Fazenda Pública atua como parte sempre foi objeto de discussão à luz da antiga dicotomia **público vs. privado**, tradicionalmente colocado como empecilho à transação o mito da supremacia do interesse público. Pensamos que o cerne da discussão está nos limites da indisponibilidade dos direitos da administração. Sob um prisma mais conservador, diz-se que, por se tratar de interesse público, não é passível de autocomposição (transição, renúncia ou submissão). Doutra parte, adotando-se visão voltada à cooperação entre administração e administrado – que reflete a postura contemporânea do Estado e do direito administrativo –, entendemos ser perfeitamente possível admitir a autocomposição nessa seara, sem ferir o interesse público *stricto sensu*.²³

-
- 21 Neste sentido parece ser o entendimento de YARSHELL, Flavio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio de Passos; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. Ainda a esse respeito, MENDONÇA NETO, Delosmar Domingues de. Negócio jurídico processual, direitos que admitem a autocomposição e o pactum de non petendo. *Revista de Processo*, v. 272, p. 419-439, out. 2017.
- 22 Flavio Luiz Yarshell destaca a dificuldade de se estabelecer um parâmetro taxativo do que seriam essas normas. YARSHELL, Flavio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio de Passos; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- 23 ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Como já destacamos em outra oportunidade, referindo à obra de Bandeira de Mello, é mito supor que interesse público e particular sejam antagônicos. Se é verdade que o interesse do particular, baseado em suas conveniências pessoais, pode eventualmente se contrapor ao interesse público, não é menos verdadeiro que interesse público é a “dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade”.²⁴ Portanto, interesse público (primário) não se confunde com interesse da Fazenda Pública (secundário).²⁵

A visão contemporânea do Estado, em que a administração tem limites muito rigorosos de atuação, pautados que são pelos mandamentos contidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, não admite mais enxergá-lo como agente **superior**, tanto mais no âmbito do processo, em que atua como parte e se coloca em situação de absoluta igualdade perante o particular, a ser fiscalizada e garantida pelo Estado-juiz. A interpretação razoável e, principalmente, atual da essência conceitual de Estado e de interesse público não está engessada nas visões originárias de sua concepção, tendo em vista que a administração não deve mais atuar sob a perspectiva imperativa e monológica que bloqueia os mecanismos comunicacionais com seus administrados,²⁶ o que leva a uma releitura de sua função tradicional.

Portanto, em tempos atuais, o Estado deve ser visto como (i) democrático, no sentido de transmitir seus valores, interesses e necessidades com respaldo de toda a sociedade, que tem o direito de exercer o acompanhamento e controle de seus atos; (ii) dialógico, possibilitando o melhor debate com os administrados; (iii) argumentativo, mantendo a coerência, a lógica e a integridade de suas ações perante todos; (iv) consensual, vislumbrando uma maior eficiência de suas decisões e maximizando os benefícios; e (v) motivado, no sentido de justificar suas ações em linha com a argumentação traçada.²⁷

24 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Grandes temas atuais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 182.

25 ZAGARI, Daniella; VIEIRA, Maria Eugenia Doin; PEIXOTO, Daniel Monteiro. In: *Garantias judiciais no processo tributário: cenários, perspectivas e desafios*. São Paulo: Blucher, 2018.

26 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo Democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

27 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. O Futuro do Direito Administrativo no policentrismo de suas fontes. O Direito Administrativo global e os rumos do ordenamento jurídico pós-moderno. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da; SAAD, Amauri Feres (Coord.). *Direito Administrativo e Liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 310-358.

Nesse sentido, estamos com Priscila Faricelli de Mendonça,²⁸ que, após percuente análise doutrinária a respeito do tema, conclui que: “O que é indisponível é o dever do Estado de agir no interesse da sociedade e de acordo com os princípios constitucionais vigentes”. E arremata:

Em verdade, o Estado deverá avaliar qual o interesse efetivamente envolvido na controvérsia e decidir pela solução que melhor atenda ao bem estar da coletividade. Desse modo, uma solução de determinada controvérsia não deverá ser avaliada mediante análise exclusiva da relação em jogo, mas sim dos objetivos institucionais do Estado e da demanda social.

E, ainda nesse sentido, não é a indisponibilidade do direito em si que lhe retira a faculdade de autocomposição. Como bem demonstram Mirna Cianci e Bruno Lopes Megna,²⁹ a experiência jurídica é pródiga na utilização de meios consensuais e alternativos para resolução de controvérsias no âmbito dos chamados direitos indisponíveis (acordos no âmbito criminal envolvendo casos de menor potencial ofensivo nos juizados especiais, acordos em contratos administrativos, possibilidade de transação em juizados especiais, indenizações administrativas por danos causados por agente público).

Em âmbito tributário não se dá de forma diferente, e a questão tampouco oferece maiores desafios, tanto que se encontra largamente sedimentada em nossa experiência cotidiana a oportunidade de se transacionar com o Fisco, o que conta com previsão legal expressa no art. 171 do CTN,³⁰ sendo causa de extinção do crédito tributário (art. 156, inciso III, do mesmo diploma).³¹ Os inúmeros programas de parcelamento de dívidas, redução de multa e juros para término de litígios tributários em todas as esferas – municipais, estaduais e federal – bem o demonstram, e não deixam de refletir modalidade de autocomposição, pois a Fazenda renuncia

28 MENDONÇA, Priscila Faricelli de. *Arbitragem e transação tributárias*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 35-36.

29 Conferir com maiores detalhes CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, Antonio de Passos; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. 2. ed. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 628-629.

30 “Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em terminação do litígio e consequente extinção do crédito tributário.”

31 “Art. 156. Extinguem o crédito tributário: [...] III - a transação.”

à parte do crédito a que entendia fazer jus, e o contribuinte renuncia à discussão administrativa ou judicial na qual poderia vir a se sagrar vencedor. Típica hipótese de acordo de concessões mútuas, que é a definição por excelência do mecanismo de transação.

E aqui vale retomar o conceito de tributo e a atividade de sua cobrança, vinculada, tal qual disposto no art. 3º do CTN. Como destacado por Priscila Faricelli de Mendonça,³² o tributo é prestação pecuniária e, portanto, envolve um direito patrimonial, em essência disponível. Contudo, sua exigência envolve uma atividade estatal **vinculada**, indisponível. Essa aparente dicotomia não é de difícil solução. A mesma autora bem esclarece que o texto do art. 3º distingue o crédito tributário (moeda, disponível) da atividade atribuída à administração de constituí-lo, cobrá-lo e arrecadá-lo, essa sim indisponível, vinculada e não sujeita a transação, adstrita que está aos limites intransponíveis do art. 37 da Constituição Federal.

E a disponibilidade sobre o crédito em si, claro, não significa discricionariedade da administração. Deve atender também a todos os princípios antes referidos: perseguição do verdadeiro interesse público (primário), colaboração com o administrado, identificação, no caso concreto, do bem comum e a ser preservado e ponderação dos interesses em jogo. Sempre sob a ótica da legalidade. “Não se pode, portanto, de forma alguma confundir indisponibilidade com intransigibilidade, pois esta somente se afigura nas situações em que a lei expressamente veda a transação”.³³

Assim, concluímos esta seção com a convicção de que não há nenhum óbice à celebração de negócio jurídico processual entre Fazenda Pública e contribuinte em processos tributários.³⁴ Resta averiguar, e sem nenhuma pretensão de exaurir o tema, se há limites a essa celebração, além daqueles já apontados e que envolvem os litigantes de modo geral.

32 MENDONÇA, Priscila Faricelli de. *Arbitragem e transação tributárias*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014.

33 SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público: caminho possível e adequado, com o devido respeito às peculiaridades do regime jurídico-administrativo. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 34, p. 162-169, ago. 2014.

34 Enunciado FPPC n. 256: “A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”. Enunciado do Conselho da Justiça Federal (CJF) n. 17: “A Fazenda Pública pode celebrar convenção processual, nos termos do art. 190 do CPC”.

4. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS EM ESPÉCIE E A FAZENDA PÚBLICA

Não poderíamos iniciar esta seção sem fazer referência à iniciativa pioneira da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) em torno do tema. Merece destaque, nesse contexto, a Portaria PGFN n. 33, de 8 de fevereiro de 2018,³⁵ que passou a prever expressamente, em seu art. 38,³⁶ a possibilidade de o procurador celebrar com o contribuinte negócio jurídico processual, **visando à recuperação dos débitos em tempo razoável ou obtenção de garantias em dinheiro.**

No mesmo sentido, destacamos a possibilidade de oferta antecipada de bens em garantia, com maior flexibilidade no oferecimento e sem distinção entre depósito, carta-fiança, seguro garantia ou bens suscetíveis de registro (art. 9º e seguintes). Trata-se de negócio jurídico processual atípico a ser celebrado na fase pré-processual, com o escopo de desafogar o judiciário e simplificar o procedimento, permitindo que, quando do ajuizamento da execução fiscal, o mérito possa ser encaminhado para julgamento, via embargos à execução, de forma mais célere.

Aqui, a única crítica (construtiva) que se faz, visando ao aperfeiçoamento do instituto, é a necessidade de melhor se regulamentar a denominada **fase do limbo**, entre a constituição definitiva do crédito tributário e a inscrição em dívida ativa, na qual o contribuinte idôneo não pode ficar privado da certidão de regularidade fiscal. Sem que essa questão seja devidamente endereçada, esse novel instituto, muito bem engendrado, poderá ficar sensivelmente esvaziado, obrigando que os contribuintes batam às portas do judiciário. É essencial, pois, que essa medida acautelatória seja considerada.

Posteriormente, a Portaria PGFN n. 360, de 13 de junho de 2018 (com alterações da Portaria PGFN n. 515, de 20 de agosto de 2018), trouxe algumas outras

35 Por não ser o foco deste estudo, deixamos de dar destaque a outros pontos da Portaria que, a nosso ver, são merecedores de inúmeras críticas, especialmente aqueles voltados à regulamentação da inconstitucional Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, no que concerne à malfada “penhora administrativa”.

36 “Art. 38. O Procurador da Fazenda Nacional poderá celebrar Negócio Jurídico Processual visando a recuperação dos débitos em tempo razoável ou obtenção de garantias em dinheiro, isoladamente ou em conjunto com bens idôneos a serem substituídos em prazo determinado, inclusive mediante penhora de faturamento, observado o procedimento disposto no regulamento expedido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.”

hipóteses em que a PGFN está autorizada a celebrar negócio jurídico processual.³⁷ Dentre essas hipóteses destacam-se, dentre outras, a calendarização processual (negócio processual típico, previsto no art. 191 do NCP), estipulação de prazos processuais, ordem de realização de prazos processuais, cumprimento de decisões judiciais e confecção ou conferência de cálculos.

Tomando como referência a sistematização já proposta pela PGFN, comecemos pelo tema das garantias. É de se louvar a iniciativa (com as pequenas ressalvas já feitas), especialmente quando se pensa em um novo patamar na relação entre administração e administrado. É verdade que, em um segundo momento, essa relação, que ainda está na fase pré-processual, será submetida ao crivo do Estado-juiz, a quem caberá velar pela estrita igualdade das partes. Mas na fase pré-processual (ou mesmo na fase processual), a quem interessa uma interminável discussão sobre garantias, que muitas vezes se arrasta por anos e anos, prejudicando o desfecho da causa? Prejudica o poder público, se ele tiver razão, e prejudica o particular, se ao lado dele estiver o direito. E isso quem dirá será o poder judiciário. É o que já se afirmava no preâmbulo: as questões processuais se tornam as grandes vilãs da justiça, e é preciso que haja bom-senso. Bom-senso em prol do verdadeiro interesse público, que não se confunde com o interesse da Fazenda Pública. Interesse público é tornar devido o tributo que realmente o seja, e exonerar o tributo indevido.

O exame criterioso da matéria tributária em discussão muitas vezes revela sua complexidade: não se pode saber de antemão quem tem razão. A intransigência

37 “Art. 1º. Sem prejuízo do disposto no art. 12 da Portaria PGFN Nº 502, de 12 maio de 2016, e nos arts. 9º e 10 da Portaria PGFN nº 985, de 18 de outubro de 2016, e noutros atos normativos da PGFN, fica a autorizada a celebração, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, desde que observados os requisitos previstos no Código de Processo Civil, das seguintes modalidades específicas de negócio jurídico processual – NJP’s, inclusive mediante a fixação de calendário para a prática de atos processuais: I - cumprimento de decisões judiciais; II - confecção ou conferência de cálculos; III - recursos, inclusive a sua desistência; IV - forma de inclusão do crédito fiscal e FGTS em quadro geral de credores, quando for o caso; V - prazos processuais; e VI - ordem de realização dos atos processuais, inclusive em relação à produção de provas. Parágrafo único. É vedada a celebração de negócio jurídico processual: I - cujo cumprimento dependa de outro órgão, sem que se demonstre a sua anuência prévia, expressa e inequívoca; II - que preveja penalidade pecuniária; III - que envolva qualquer disposição de direito material por parte da União, ressalvadas as hipóteses previstas Portaria PGFN Nº 502, de 12 maio de 2016, e na Portaria PGFN Nº 985, de 18 de outubro de 2016; IV - que extrapole os limites dos arts. 190 e 191 do Código de Processo Civil; ou V - que gere custos adicionais à União, exceto se aprovado prévia e expressamente pela Procuradoria-Geral Adjunta competente.”

em exigir, por exemplo, garantias em dinheiro, fianças bancárias ou seguros garantias (tantas vezes impossíveis de serem suportados) é muitas vezes um desserviço à economia, ao desenvolvimento do setor produtivo. E aos cofres do próprio poder público, não só pela descapitalização do contribuinte, mas porque, se ao fim e ao cabo o contribuinte sagra-se vencedor, todos esses custos terão de ser suportados pelo erário em ressarcimento. Ou seja, por todos nós.

É claro que essa é uma das faces da moeda. Há contribuintes manifestamente inidôneos e com histórico nesse sentido. Como há contribuintes que querem, mas não podem garantir o débito em sua integralidade. Não sem desconstituir a própria fonte produtora de riqueza que gerará o pagamento de tributos e permitirá sua retomada. Mas é disso que se trata: separar o joio do trigo. Aproximar a administração do administrado para que ela sopesse verdadeiramente os interesses em jogo em espírito colaborativo, a bem do interesse público.

A calendarização processual prevista no art. 191 do NCPC,³⁸ negócio processual típico e que reflete este novo modelo gerencial de processo pretendido pelo legislador, é uma inovação e tanto. Se bem incorporada à mentalidade dos operadores do direito, especialmente no âmbito da Fazenda Pública, é apta a conduzir a resultados excepcionais em termos de efetividade e previsibilidade na prestação jurisdicional.

Em linhas gerais, a calendarização processual nada mais é que a convenção acerca dos prazos dos atos a serem praticados no decorrer do processo pelos seus sujeitos do processo. No processo tributário, se bem utilizado, o instituto representará a potencialização da máquina judiciária como instrumento de solução de conflitos, de forma a superar, ao menos em tese, a morosidade inerente ao próprio sistema judiciário. Isso porque as partes e o juiz estarão vinculados às datas convencionadas de comum acordo, possibilitando que se preveja com segurança o início e o término do processo, minando a insegurança jurídica de uma lide que pode perdurar por anos.

Como em qualquer processo judicial, o calendário estabelecido na lide tributária não poderá ignorar a previsão contida no art. 12, *caput*, do NCPC,³⁹ que de certa

38 “Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.”

39 “Art. 12. Os juizes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.”

forma vincula o magistrado a uma ordem cronológica de julgamento. Respeitada essa ordem, não há razão para afastar a celebração desse tipo de negócio jurídico em processos que discutam relações jurídico-tributárias.

Outro exemplo que traduziria o espírito do instituto dentro do processo tributário é a realização antecipada de provas, nos termos do art. 381, inciso II, do NCP. ⁴⁰ Recorde-se que esse dispositivo é uma novidade do NCP: a produção da prova é realizada de modo a viabilizar a composição entre as partes.

Considere-se uma autuação fiscal que verse sobre questão que dependa, necessária e exclusivamente, da análise de documentos fiscais e contábeis do contribuinte, mediante prova pericial. Uma vez encerrado o processo na esfera contenciosa administrativa com a manutenção do crédito tributário (tendo havido o contraditório ou não), o débito será automaticamente encaminhado para cobrança e inscrição em dívida ativa do ente tributante, sendo o título extrajudicial passível de execução a qualquer tempo.

Pela complexidade da questão técnica envolvida, não se sabe, de antemão, quem obterá êxito na demanda. Fazenda Pública e contribuinte estão em situação de risco, podem ou não se sagrarem vencedores em eventual demanda que tramitará por anos a fio. Assim, a produção antecipada da prova pericial, sendo esta a única questão controvertida que definirá a existência ou não do crédito tributário, pode evitar uma demanda tributária na qual o contribuinte ou a Fazenda sairiam sucumbentes (com todos os respectivos ônus daí decorrentes). A confecção ou conferência de cálculos de que trata a Portaria PGFN n. 360/2018 em muito se aproxima dessa ideia.

Ainda sobre a produção antecipada de provas como negócio processual destinado a prevenir litígios, as partes poderiam pleitear em juízo, de comum acordo, a concessão de tutela de urgência para suspensão de exigibilidade do crédito tributário no curso do procedimento, como medida acautelatória e para que o próprio escopo visado não fosse esvaziado. Embora esse tipo de procedimento não se sujeite a uma decisão de mérito pelo juiz (o que não faria sentido), ele está sujeito a controle de legalidade e validade no âmbito jurisdicional, o que lhe confere as mais amplas legitimidade e credibilidade.

40 “Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.”

Não impressiona, por outro lado, argumento no sentido de que eventual resultado favorável da perícia ao contribuinte não poderia conduzir à extinção do crédito tributário, diante das hipóteses taxativas do art. 156 do CTN. Lembre-se, a esse respeito, de que compete à procuradoria do respectivo ente público o controle de legalidade da inscrição da dívida ativa, e que esta goza de presunção apenas **relativa** de certeza, liquidez e exigibilidade, que certamente estaria comprometida com esse resultado (art. 2º, § 3º, e 3º, § único, da Lei n. 6.830/1980).

De outro lado, o contribuinte assumiria o compromisso de liquidar o crédito tributário em caso de resultado desfavorável na prova produzida, confessando a respectiva dívida. Nessa sistemática, as partes não utilizariam as provas como instrumento de convencimento do magistrado, mas essencialmente como método de auxílio na valorização de suas chances de êxito na demanda, contribuindo, assim, para que o processo alcance o resultado que dele se espera,⁴¹ com a solução efetiva da controvérsia em razoável período de tempo.

Esses são apenas pequenos exemplos de infundáveis possibilidades que a casuística e a experiência forense poderão nos trazer. Há, é claro, algumas questões polêmicas. Embora seja possível dizer assente o entendimento de que as partes podem, por vontade própria, renunciar a recursos que estariam à sua disposição, há quem não admita que esse direito seja exercido pela Fazenda Pública no que diz respeito à remessa oficial, fora as hipóteses de dispensa legal, por se tratar de norma cogente (como aquelas que dispensassem a intervenção do Ministério Público em processos de participação obrigatória).⁴²

Outro ponto polêmico se refere ao princípio da isonomia. Segundo Mirna Cianci e Bruno Lopes Megna,⁴³ este seria o aspecto mais relevante: “A toda evidência, a possibilidade de realizar negócio jurídico processual com um administrado deve ser estendida para todos os demais administrados, o que certamente há de ser assegurado mediante regulamentações próprias de cada ente da federação, como, de fato, muitos já fazem”.

41 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

42 Neste sentido, CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócio jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio de Passos; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

43 CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, Antonio de Passos; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. 2. ed. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 633

Não há dúvida de que a regulamentação, no âmbito da Fazenda Pública, é de todo recomendável, até para que o instituto, que veio para facilitar e simplificar o procedimento, não se torne fonte de novos transtornos (definir se é cabível o negócio jurídico processual e se a Fazenda pode ou não celebrá-lo, à míngua de regulamentação específica do respectivo órgão). Pensamos, todavia, que o assunto merece de fato reflexão e que a celebração de negócio jurídico processual entre Fazenda Pública e contribuinte não está sujeita, como condição *sine qua*, por todas as razões expostas ao longo deste texto, à prévia regulamentação pelo órgão público a que pertença. Tanto mais quando celebrados no curso do processo e sujeitos a controle judicial.

A atenção às peculiaridades da causa é de suma importância. A perseguição do interesse público (mais uma vez, distinto do interesse da Fazenda Pública), o bom-senso, o princípio da cooperação, a maior aproximação entre administração e administrado em prol do bem comum, a busca pela efetividade do processo, todos esses valores não só podem como devem ser perseguidos pelo advogado público, tanto quanto pelo advogado privado.

Tomemos justamente o exemplo da isonomia. São inúmeros os casos de processos que permanecem por períodos extremamente longos em poder da PGFN, atrasando injustificadamente seu andamento regular. Outros não. Estamos aqui em uma clara situação de tratamento anti-isonômico, mas para a qual, aparentemente, não se lhe confere tal pecha. Em contrapartida, não vemos absolutamente nenhum obstáculo a que o advogado público, juntamente com o advogado privado e com a participação do juiz, decida que naquele **dado** processo, pelas peculiaridades da causa e para seu melhor gerenciamento, serão calendarizados os atos processuais. O mesmo se diga da negociação de garantias, dentre tantos outros exemplos que poderiam ser dados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cooperação entre as partes no processo judicial foi o mecanismo utilizado pelo legislador para incentivar alternativas consensuais que permitam a mais efetiva solução de litígios. Não bastasse o intuito de fomentar o bom andamento do processo, as partes agora assumem papel ainda mais importante para que o mérito possa ser julgado sem interferências desnecessárias e opressivas.

Pensamos que a melhor interpretação é aquela que vê como insuscetíveis de autocomposição não os direitos materiais sobre os quais se controverte, mas o direito processual, que pode sofrer algumas limitações no âmbito da autonomia

da vontade das partes. Por isso, não identificamos nenhum óbice à celebração de negócios processuais entre Fazenda Pública e contribuinte. Mas, também para aqueles que relacionam o direito à celebração de negócio jurídico processual à possibilidade de autocomposição no plano do direito material controvertido, nossa conclusão é a mesma.

Mesmo que em um dos polos esteja a Fazenda Pública, a indisponibilidade de seus direitos já não é vista como algo absoluto, e hoje a aproximação entre administração e administrado é o que verdadeiramente deve caracterizar o interesse público, atuando todos em prol do bem comum. Deve-se prestigiar a participação democrática dos cidadãos nas decisões emanadas pela administração, em atitude colaborativa e participativa.

E direitos indisponíveis, de toda forma, admitem muitas vezes transação, tanto mais na sua vertente pecuniária, como é o caso do crédito tributário. Indisponíveis são as atividades de fiscalizar, lançar e arrecadar o tributo, mas não a sua expressão pecuniária. É claro o CTN neste sentido.

São admitidos – mais que isso, devem ser incentivados – os negócios jurídicos processuais entre Fazenda Pública e contribuinte. Nesse contexto, a PGFN tem se mostrado pioneira em sua regulamentação. A regulamentação não parece indispensável, mas é extremamente útil.

Cabe agora à comunidade jurídica debater essas questões de forma construtiva para que o instituto possa atingir seus maiores objetivos, gerando eficiência e efetividade na prestação jurisdicional e melhoria substancial na gestão de processos. Processo é meio, e não fim em si mesmo.

O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA NO NCPC

Vanessa Inhasz Cardoso

1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil (NCPC), de 2015, estabeleceu significativas modificações em relação ao Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) no que se refere à execução contra a Fazenda Pública, sendo essencial a análise de tais alterações, especialmente no que se refere ao cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, para que se possam aplicar as novas regras de forma correta, garantindo a satisfação do direito do credor.

No CPC/73, a execução se realizava sempre por meio de processo autônomo, havendo citação da Fazenda Pública para opor embargos à execução no prazo de 10 dias, nos casos de título executivo judicial ou extrajudicial. Diferentemente, no NCPC os títulos executivos judiciais constituídos devem ser cobrados de acordo com a modalidade de cumprimento de sentença (art. 534 e 535), instaurada nos próprios autos, ou seja, independentemente da instauração de processo autônomo, os títulos executivos extrajudiciais devem seguir o rito do processo de execução, previsto no art. 910 do NCPC, com processo autônomo. Em ambos os casos, o prazo para apresentação de defesa é de 30 dias, sendo que o instrumento cabível no cumprimento de sentença é a impugnação e na execução contra a Fazenda Pública são os embargos à execução.

Discorreremos sobre os requisitos para instauração do procedimento de cumprimento de sentença, as matérias a serem alegadas em sede de impugnação, a forma de pagamento dos créditos e as consequências da falta de defesa, sempre

comparando e ressaltando os aspectos aplicáveis à execução de sentença, bem como salientando as diferenças com relação ao CPC/73.

A metodologia utilizada é análise da legislação, mais precisamente os art. 534, 535 e 910 do NCPC e os artigos que dispõem sobre a execução contra a Fazenda Pública no CPC/73 (especialmente o art. 730 e seguintes), bem como os comentários da doutrina sobre os referidos dispositivos, realizando uma análise crítica e comparada das alterações.

2. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Como mencionado no tópico anterior, o CPC/73 (art. 730 e 731) previa um procedimento único para a execução contra a Fazenda Pública, que contemplava tanto os títulos judiciais quanto os extrajudiciais. O NCPC, contudo, segregou em dois os ritos de execução de créditos contra a Fazenda Pública com base na natureza dos títulos a serem executados – títulos judicial e extrajudicial.

A execução fundada em título executivo **judicial** deve seguir o rito do cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, previsto nos art. 534 e 535 do NCPC. No caso de título **extrajudicial**, o rito a ser observado é o de execução contra a Fazenda Pública, regulamentado pelo art. 910 do NCPC. Dessa forma, o NCPC estabeleceu um procedimento próprio denominado **cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública**. A nomenclatura **execução contra a Fazenda Pública** ficou destinada exclusivamente à execução fundada em título extrajudicial.

Além da segregação dos ritos, o NCPC trouxe uma alteração relevante ao dispor que o cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública (títulos executivos judiciais) será instaurado nos mesmos autos do processo em que foi proferida a sentença condenatória, não sendo mais necessária a instauração de processo autônomo, tornando a execução uma fase do procedimento subsequente à fase de conhecimento. A não instauração de processo autônomo para o cumprimento de sentença está em total consonância com os princípios de celeridade e eficiência processual norteadores do NCPC, com as alterações introduzidas visando essencialmente à satisfação do direito do credor de forma mais ágil.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, passaremos a tratar do rito de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública.

2.1 Procedimento para instauração do cumprimento de sentença

O cumprimento de sentença de título judicial está previsto nos art. 534 e 535 do NCPC e será instaurado nos mesmos autos do processo principal. Nos termos do art. 534, o cumprimento de sentença é iniciado pela apresentação de demonstrativo discriminado e atualizado do crédito exequendo, a saber:

Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo:

I – o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente;

II – o índice de correção monetária adotado;

III – os juros aplicados e as respectivas taxas;

IV – o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados;

V – a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso;

VI – a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.”

§ 1º Havendo pluralidade de exequentes, cada um deverá apresentar o seu próprio demonstrativo, aplicando-se à hipótese, se for o caso, o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 113.

§ 2º A multa prevista no § 1o do art. 523 não se aplica à Fazenda Pública.

Conforme se depreende do *caput* e dos incisos do artigo transcrito, que replica o disposto no art. 524 do NCPC (Capítulo III – Do cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade da obrigação de pagar quantia certa), é obrigação do exequente/credor a apresentação do demonstrativo discriminado e atualizado do crédito.

O § 1º dispõe que, caso haja pluralidade de exequentes, cada um deverá apresentar o seu próprio demonstrativo, sem prejuízo da possibilidade de limitação ao litisconsórcio multitudinário (art. 113, §§ 1º e 2º, NCPC), com o fim de prestigiar os princípios preconizados pela novel legislação de razoável duração do processo, proteção ao contraditório e ampla defesa. O referido demonstrativo detalhado do crédito exequendo é requisito obrigatório do requerimento do credor, sendo que, se um dos itens não for observado, o juiz poderá requerer que a parte saneie a irregularidade ou, caso o demonstrativo esteja muito incompleto

e não contemple a maioria dos itens acima, indeferir o requerimento de cumprimento de sentença.

A elaboração de tal demonstrativo pode se mostrar tarefa complexa dependendo do tipo de crédito a ser executado, o que pode demandar a contratação de profissionais habilitados. Nesse sentido são os comentários de Wambier, Didier, Talamini e Dantas,¹ a saber:

A memória de cálculo de atualização e incidência de consecutários é, portanto, requisito do requerimento do credor, sem o qual poderá ser indeferido o início do procedimento de cumprimento de sentença. Tal exigência poderá se tornar um obstáculo aqueles credores que possuam crédito que dependam de cálculos de atualização que apesar de meramente aritméticos, sejam complexos e, por conseguinte, devam ser realizados por profissionais habilitados.

É importante ressaltar que, a despeito de o dispositivo em tela claramente estabelecer que a obrigação de apresentar o discriminativo do crédito exequendo é do credor, nada impede que o devedor apresente o cálculo dos valores que entende devidos. Contudo, frise-se, o mencionado procedimento de execução é uma faculdade do executado.

2.2 Impugnação ao cumprimento de sentença

Uma vez apresentado o referido demonstrativo de cálculo, a Fazenda Pública será intimada (e não mais citada, como era previsto no CPC/73) na pessoa de seu representante para, querendo, apresentar impugnação (e não mais embargos) nos próprios autos no prazo de 30 dias úteis.² As matérias que podem ser objeto da impugnação estão previstas no art. 535 do NCPC, a saber:

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

1 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil, de acordo com as alterações da Lei nº. 13.256/2016*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1464.

2 O prazo em questão segue a mesma sistemática de contagem em dias úteis prevista no art. 219 do NCPC.

I – falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II – ilegitimidade de parte;

III – inexecutibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

V – incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VI – qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.

§ 1º A alegação de impedimento ou suspeição observará o disposto nos arts. 146 e 148.

§ 2º Quando se alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante do título, cumprirá à executada declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de não conhecimento da arguição.

§ 3º Não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada:

I – expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal;

II – por ordem do juiz, dirigida à autoridade na pessoa de quem o ente público foi citado para o processo, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de 2 (dois) meses contado da entrega da requisição, mediante depósito na agência de banco oficial mais próxima da residência do exequente.

§ 4º Tratando-se de impugnação parcial, a parte não questionada pela executada será, desde logo, objeto de cumprimento.

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

§ 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

O artigo traz as mesmas disposições do art. 525, § 2º, do NCPC. Comparando as teses passíveis de arguição pela Fazenda Pública com aquelas previstas no art. 525, exclui-se apenas a penhora incorreta ou avaliação errônea, prevista no inciso IV do referido dispositivo.

É importante ressaltar, conforme previsão do § 2º citado, que, no caso de alegação de excesso de execução, a Fazenda Pública deve de imediato informar o valor que entende correto, sob pena de não conhecimento da arguição. Tal dispositivo prestigia princípios orientadores do NCPC – celeridade processual e duração razoável do processo –, desestimulando as defesas meramente protelatórias que visam apenas atrasar o pagamento do crédito reconhecido em sentença condenatória. Frise-se que tal alegação também é objeto de embargos à execução (art. 917, inciso III, NCPC), devendo também nesse caso ser indicado exatamente em que consiste o excesso.

Sob a égide do CPC/73, o § 5º do art. 739-A (Título dos Embargos do Devedor) – alterado pela Lei n. 11.382/2006, que introduziu a exigência de indicação do *quantum* devido quando os embargos forem fundamentados em excesso de execução – não estendeu tal obrigação aos embargos à execução contra a Fazenda Pública. Desde então, surgiu a discussão sobre a (in)aplicabilidade da exigência de indicação, na inicial, do valor devido nos embargos opostos pela Fazenda Pública, com fundamento em excesso de execução.³

No julgamento do Recurso Especial (REsp) n. 1.387.248-SC, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 7 de maio de 2014 sob o rito dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) posicionou-se no sentido de que a exigência de indicação do valor reputado como correto não alcançava a Fazenda Pública quando alegado excesso de execução em sede de embargos

3 NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe. *Processo e procedimento*: notas sobre a execução contra a Fazenda Pública. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI241130,11049-Notas+sobre+a+execucao+contra+a+Fazenda+Publica>>. Acesso em: 5 out. 2016.

à execução. No NCPC, contudo, há previsão expressa tanto no § 2º do art. 535 quanto no § 3º do art. 910 para que a Fazenda Pública declare de imediato o valor que entende correto na impugnação ou em embargos à execução fundados em excesso de execução.

Ademais, a alegação de inexigibilidade do crédito exequendo, prevista no inciso III do *caput* do mencionado art. 535, pode ser fundada em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

Por outro lado, no que se refere à execução fundada em título extrajudicial prevista no art. 910 do NCPC, a Fazenda Pública será citada (em vez de intimada) para, também no prazo de 30 dias, opor embargos à execução, nos quais poderá alegar “qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento”. Os embargos serão distribuídos por dependência ao juízo da execução e autuados em separado (art. 914, § 1º, NCPC), devendo ser instruídos com as cópias processuais relevantes. No mais, a execução fundada em título extrajudicial é regulada pelas mesmas regras aplicáveis ao cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública.

Caso a execução não seja impugnada/embargada ou as alegações da Fazenda Pública sejam rejeitadas, será determinada a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor (RPV), a depender do valor do crédito. O § 3º do art. 535 está em harmonia com a Constituição ao tratar expressamente de tais formas de pagamento.⁴ Nesse aspecto, é importante analisar a questão dos honorários em execução não impugnada pela Fazenda Pública.

3. HONORÁRIOS EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA NÃO IMPUGNADA PELA FAZENDA PÚBLICA

O art. 85, § 7º, do NCPC prevê que: “Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada”. O referido dispositivo consolida e expressa o posicionamento defendido no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 420.186. O STF adotou interpretação conforme a Constituição para declarar a constitucionalidade do art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, afastando, entretanto,

4 BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

a inaplicabilidade de honorários em execução não embargada quando o débito exequendo enquadrar-se nas requisições de pequeno valor.⁵

O racional utilizado pelo legislador na redação do art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997 foi a ausência de causalidade. Isso porque a Fazenda Pública, por ser obrigada ao regime constitucional de precatórios, não teria a opção de efetuar espontaneamente o pagamento de crédito dela exigido por decisão judicial transitada em julgado. A obrigação de pagamento de honorários sucumbenciais somente nasceria com a oposição de embargos à execução.

Contudo, os créditos definidos como de pequeno valor, não estando sujeitos ao regime de precatórios, podem ser pagos espontaneamente de modo que a cobrança forçada pelo credor seria resultante de resistência injustificada da Fazenda Pública, originando a causalidade ensejadora de honorários independentemente da apresentação de impugnação.

4. FORMA DE PAGAMENTO DOS CRÉDITOS: PRECATÓRIOS OU RPV

Com relação à forma de pagamento dos créditos, sejam eles originados de títulos judiciais ou extrajudiciais, não houve alteração no NCPC. O procedimento a ser adotado é o regime constitucional de precatórios (art. 100 da Constituição Federal) ou o procedimento da RPV (art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – e § 3º do art. 100 da Constituição Federal), a depender do valor do crédito executado. Nesse sentido, uma vez deferido o pedido de cumprimento de sentença ou caso não seja apresentada impugnação pela Fazenda Pública, como se trata de valores a serem pagos pelas Fazendas Públicas federal, estadual e municipal, o pagamento será realizado por meio de precatório ou RPV.

Com efeito, a regra geral é que a execução contra a Fazenda não será feita mediante constrição, penhora ou expropriação de bens, mas por meio da expedição de precatório, que é o instrumento pelo qual o poder judiciário requisita o

5 NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe. Processo e procedimento: notas sobre a execução contra a Fazenda Pública. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI241130,11049-Notas+sobre+a+execucao+contra+a+Fazenda+Publica>>. Acesso em: 5 out. 2016.

pagamento do valor a que a Fazenda Pública tenha sido condenada em processo judicial. Segundo Lourenço,⁶

Existe todo um procedimento diferenciado para a Fazenda Pública por uma série de razões, tais como a inalienabilidade dos bens públicos, a continuidade do serviço público e, ainda, a isonomia no pagamento que será feito, considerando que este se dará em grande parte por precatório.

O pagamento dos precatórios é regido pelo art. 100 da Constituição Federal, o qual prevê que devem ser pagos na estrita ordem cronológica de apresentação e à conta dos respectivos créditos.

Já o pagamento por meio de RPV está definido pelo art. 87 do ADCT. O § 3º do art. 100 da Constituição Federal prevê que os créditos definidos em lei como de pequeno valor não se submetem ao regime dos precatórios. De acordo com o art. 535, § 3º, inciso II, do NCPC, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de dois meses contado da entrega da requisição, mediante depósito na agência de banco oficial mais próxima da residência do exequente.

No âmbito federal, a Lei n. 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais) estabelece o limite de 60 salários-mínimos para os pagamentos por meio de RPV. No âmbito estadual, o referido art. 87 do ADCT estabelece o limite de 40 salários-mínimos para a expedição de RPV em face da Fazenda Pública do estado e distrital federal, podendo tal limite ser alterado caso haja lei específica estabelecendo valor diverso. Por fim, a expedição de RPV em face da Fazenda Pública dos município está limitada a 30 salários-mínimos, caso também não haja lei municipal estabelecendo limite diverso.

4.1 Inaplicabilidade da multa de 10% à Fazenda Pública

O art. 534, § 2º, do NCPC é expresso ao afirmar que “a multa prevista no § 1º do art. 523 não se aplica à Fazenda Pública”. A multa em questão é a de 10% pelo não pagamento espontâneo no prazo de 15 dias a contar da intimação da decisão condenatória. O racional para a não aplicação da multa em questão reside no fato de que a Fazenda Pública não poderia ser penalizada pela prática de um ato que não está sob o seu controle, já que está sujeita a um regime próprio – precatório ou RPV, conforme explicitado.

6 LOURENÇO, Haroldo. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

De acordo com Bueno,⁷

A Fazenda não é – e não pode ser, sem agressão ao art. 100 da CF – intimada para pagar (mas sim para impugnar, v. art. 535) e, portanto, não tem sentido sujeitá-la àquela multa, visando compeli-la à adoção de um comportamento que, desde o art. 100 da CF, lhe é vedado.

A jurisprudência há muito pacificou o seu entendimento acerca dessa questão ainda na égide do CPC/73.⁸

4.2 Possibilidade de execução provisória da sentença

O art. 534 do NCPC não condiciona o início do procedimento de cumprimento de sentença ao trânsito em julgado, possibilitando, portanto, o cumprimento provisório de sentença contra a Fazenda Pública, desde que respeitado o disposto nos art. 100 e seguintes da Constituição Federal e o art. 2º-B da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997.

De fato, ainda que o trânsito em julgado não seja obrigatório para iniciar o procedimento de cumprimento de sentença, este permanece imprescindível no momento da expedição do precatório. Nesse sentido são os seguintes comentários:⁹

Primeiramente observa-se que o *caput* do art. 534 não parece condicionar a admissibilidade do pedido do credor e, portanto, o início do procedimento de cumprimento de sentença ao trânsito em julgado. Logo, poder-se-ia admitir a possibilidade de cumprimento provisório de sentença contra a Fazenda Pública.

Todavia, necessário que tal regra esteja em consonância ao disposto no art. 100 da CF/88, o qual, em seu parágrafo 5º impõe que a inclusão no orçamento da entidade devedora é obrigatória quanto às sentenças transitadas em julgado.

7 BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 364-365.

8 Agravo de Instrumento n. 70051834968-RS, Rel. Lais Ethel Corrêa Pias, julgado em: 14 maio 2013.

9 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil, de acordo com as alterações da Lei nº. 13.256/2016*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1464.

Dessa forma, ainda que seja possível a realização de todos os atos procedimentais que antecedem a expedição da ordem de pagamento (precatório ou RPV), este somente será concretizado após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, constata-se que o procedimento de execução contra a Fazenda Pública foi substancialmente aprimorado pelo NCPC se comparado com o procedimento previsto no art. 730 e seguintes do CPC/73.

O CPC/73 previa um procedimento único para a execução contra a Fazenda Pública, que contemplava tanto os títulos judiciais quanto os extrajudiciais. O NCPC, contudo, segregou em dois os ritos de execução de créditos contra a Fazenda Pública com base na natureza dos títulos a serem executados: cumprimento de sentença quando se tratar de título executivo judicial (art. 534 e 535) e execução contra a Fazenda Pública quando o título for extrajudicial (art. 910).

Na modalidade de cumprimento de sentença, não será mais instaurado um processo autônomo de execução, com a citação da Fazenda Pública para a oposição de embargos, mas ocorrerá sua intimação para apresentar impugnação. O procedimento será instaurado nos próprios autos, como uma fase subsequente ao processo de conhecimento.

Com relação à forma de pagamento dos créditos, sejam eles originados de títulos judiciais ou extrajudiciais, não houve alteração no NCPC. Com efeito, permanece a necessidade de trânsito em julgado para a expedição do precatório, ou da RPV, conforme o disposto no art. 100 da Constituição Federal e no art. 87 do ADCT. Contudo, é possível o cumprimento provisório da sentença, ou seja, a adoção de todos os procedimentos necessários para a expedição da ordem de pagamento, mas para que esta seja efetivada deve haver obrigatoriamente o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ademais, o NCPC previu de forma expressa a inaplicabilidade da multa de 10% pelo não pagamento espontâneo no prazo de 15 dias a contar da intimação da decisão condenatória (art. 534, § 2º). Embora tal entendimento já estivesse pacificado na doutrina e na jurisprudência, o NCPC deixou claro que a Fazenda Pública não poderia ser penalizada pela prática de um ato que não está sob o seu controle, já que está sujeita a um regime próprio – precatório ou RPV.

Cumprido ressaltar ainda que, caso a execução não seja impugnada ou as alegações da Fazenda Pública sejam rejeitadas, será determinada a expedição de

precatório ou RPV, a depender do valor do crédito, sendo também permitido o cumprimento parcial da sentença no que se refere à parcela incontroversa do crédito (rejeitada ou não impugnada).

Em suma, o NCPC introduziu alterações importantes e positivas para a execução de títulos em face da Fazenda Pública. A segregação do procedimento de execução contra a Fazenda Pública em dois facilitou e tornou mais célere o recebimento dos valores, especialmente na modalidade de cumprimento de sentença, prestigiando a duração razoável do processo sem afetar o regime especial que é aplicável à Fazenda Pública (regime constitucional dos precatórios ou RPV).

AS TUTELAS PROVISÓRIAS PREVISTAS NO NCPC

Tiago Conde Teixeira

1. INTRODUÇÃO

É notória a crise da morosidade atualmente enfrentada pelo judiciário, que tem causado um enorme problema para o cidadão que procura dele uma resposta. Muitas foram as tentativas de solucionar o problema, mas, até o momento, não tivemos nenhum benefício concreto. Uma das possíveis soluções era inserir a tutela antecipada para o núcleo dos “procedimentos comuns” e, com isso, eliminar as inúmeras discussões acadêmicas sobre os efeitos das tutelas provisórias, previstas no art. 273 do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73).

A Lei n. 13.105 (Novo Código de Processo Civil – NCPC), de 16 de março de 2015, reformulou significativamente o sistema de tutela judicial baseado em cognição sumária. Com a nova legislação, unifica-se em um único regime geral, sob o nome de “tutela provisória”, as tutelas antecipada e cautelar, que se submetiam a disciplinas formalmente distintas no CPC/73. Pelo novo dispositivo processual, as tutelas provisórias se subdividem em tutelas de urgência e de evidência, tratadas em um mesmo título.

Os avanços do NCPC perpassam diversos princípios processuais fundamentais como a celeridade processual, a efetividade da prestação jurisdicional, a ampla defesa e o contraditório, além da segurança jurídica e do devido processo legal. Nesse sentido, importantes instrumentos processuais trouxeram avanços consideráveis ao processo civil, como as tutelas provisórias.

A inovação corresponde a uma maior aproximação entre os instrumentos de tutela provisória, fato bastante relevante ao direito tributário, como se analisará a seguir. Tanto a tutela de urgência quanto a de evidência buscam, em uma última análise, entregar uma resposta jurisdicional do Estado perante as lides apresentadas ao poder judiciário, prezando sempre pela celeridade processual e pelo devido trâmite legal. As disposições atuais sobre o processo civil trouxeram a possibilidade de interposição das tutelas provisórias de forma antecedente, retirando a vinculação do instrumento provisório com o processo principal e ampliando a admissibilidade de tais mecanismos.

A tutela cautelar no NCPC, por exemplo, sofreu substancial alteração com a extinção da ação cautelar autônoma, mecanismo processual que, já há algum tempo, vinha sendo pouco utilizado. O direito a uma tutela cautelar, entretanto, não foi suprimido com a entrada em vigor do NCPC, mas se resumiu, basicamente, à tutela de urgência cautelar requerida em caráter incidental.

De forma geral, as tutelas provisórias representam juízo não exauriente do processo e possuem a característica principal da reversibilidade de seus efeitos. O juízo exaurido nesses processos tem como base a alta probabilidade de existência do direito e se baseia ora no perigo da demora, ora na evidência do direito pleiteado.

O processo tributário aplica os ditames do direito processual civil de maneira subsidiária, sendo útil a utilização das tutelas provisórias. Na prática, em muitas situações, observa-se o ajuizamento de ações buscando, por exemplo, a concessão de um juízo antecipado às execuções fiscais ou mesmo, por parte da autoridade fiscal, a interposição de ações cautelares que visem assegurar a efetividade de tais ações.

As discussões tributárias que podem ser objeto de tutelas provisórias perpassam tanto matérias meritórias, como se os tributos em análise são ou não devidos, quanto matérias procedimentais, como a apresentação de garantias ou a obtenção de Certidões Positivas com Efeitos Negativos (CPEN). Evidentemente, a depender da natureza da discussão, o contribuinte lançará mão da tutela de urgência ou de evidência, cada qual com peculiaridades a seguir analisadas.

Em um primeiro momento, será analisado o conceito de tutela provisória e suas subdivisões para, então, apresentar um panorama geral da aplicação das tutelas de urgência e evidência especificamente em matéria de direito tributário.

2. AS TUTELAS PROVISÓRIAS SEGUNDO O NCPC

No NCPC, o legislador não dedicou um processo autônomo para as tutelas provisórias, possibilitando que sejam concedidas de maneira incidental ou

antecedente, tanto nos procedimentos comuns quanto nos diferenciados. A tutela provisória deixou de dar lugar a um processo autônomo, sendo que o NCPC buscou aplicar o princípio de interinidade e unicidade do processo mantendo a possibilidade de aplicação incidental das tutelas, conforme dispõe o art. 294, § único.¹

A tutela provisória é um juízo não exauriente, no qual não se esgotam por completo todas as discussões probatórias e de julgamento, mas apenas se tem um juízo sumário e de probabilidade com relação ao direito requerido. Quaisquer que sejam os mecanismos de antecipação de tutela, deve haver o pressuposto da probabilidade do direito, uma convicção judicial formada a partir de uma cognição sumária das alegações das partes.

A classificação das tutelas provisórias, prevista nos art. 294 e 311 do NCPC, podem ser assim resumidas:

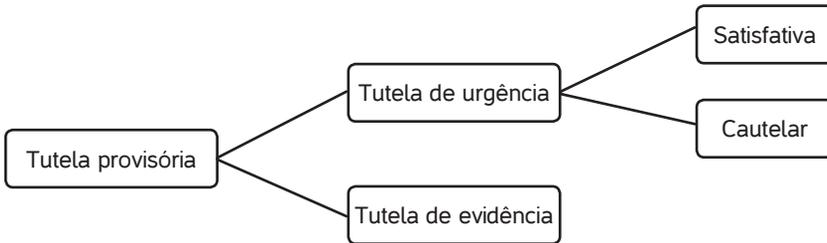


Figura 1 – Classificação das tutelas provisórias segundo o NCPC

Logo, é clara a intenção do legislador de simplificar o instituto das tutelas provisórias.

Em linhas gerais, a tutela provisória poderá ser de urgência ou evidência. A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que indiquem de forma clara a probabilidade do direito e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional. Já a tutela de evidência dispensa a demonstração de *periculum in mora* quando: (i) for claro o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; (ii) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas mediante prova documental e houver tese firmada em demandas repetitivas ou em súmula vinculante; (iii) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito; ou (iv) a petição inicial for

1 “Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.”

instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Dentro das tutelas de urgência, temos duas possibilidades. Nas tutelas satisfativas, é necessário demonstrar para o magistrado, além da urgência, que o direito material estará em risco se não concedida a medida. Já nas cautelares é preciso demonstrar, além da emergência, que a efetividade de um futuro processo estará em risco se a medida não for obtida de imediato. Além de analisar os requisitos propriamente ditos para concessão da tutela provisória, o juiz deverá observar o contexto em que está inserido o pedido formulado pelo autor, observando: (i) o valor do bem jurídico ameaçado; (ii) a dificuldade do autor para provar sua alegação; (iii) a credibilidade da alegação; e (iv) a própria urgência alegada pelo autor.

Tanto no CPC/73 quanto no NCPC, exigem-se para ações de tutela de urgência os requisitos da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e do perigo na demora (*periculum in mora*). No caso das tutelas de evidência, como já explicitado, o pedido deve ser baseado na certeza do direito postulado em juízo. Logo, a tutela de urgência pode ser satisfativa ou cautelar e serve para combater o **perigo de dano** ou o **risco ao resultado útil do processo** (art. 300, NCPC).²

Luiz Guilherme Marinoni³ afirma que esse instrumento é útil para combater um “perigo de ilícito”. A primeira das subdivisões dessa espécie, a tutela antecipada ou satisfativa, antecipa o julgamento parcial ou total de mérito, se relacionando com o direito das partes e com o próprio bem da vida. Segundo o autor, há quatro modalidades de tutela satisfativa: (i) tutela inibitória (preventiva contra ocorrência, continuação ou repetição de um ilícito); (ii) tutela repressiva contra o ilícito (para remover os efeitos concretos do ato ilícito); (iii) tutela ressarcitória (na forma específica ou pelo valor equivalente ao do dano); e (iv) tutela do adimplemento (na forma específica ou pelo valor equivalente ao da prestação).

Quando se pede tutela inibitória, objetiva-se evitar a violação de um direito, sendo necessário que se prove o fato que constitua indício de que a violação futura provavelmente ocorrerá. Quando o autor requerer tutela provisória repressiva, ele não se preocupa em evitar um ilícito, mas só em remover os seus efeitos, reparando o dano causado ou promovendo seu ressarcimento, devendo o juiz se ater

2 “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”

3 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

ao fato violador e à necessidade de a tutela ser prestada rapidamente para que o dano não se agrave.

Ainda com relação à tutela de urgência antecipada, como já exposto, é possível que se pleiteie tal mecanismo de forma antecedente, antes mesmo da formação do processo. Exatamente no ponto que diz respeito ao caráter antecedente da tutela antecipada, o NCPC apresentou importantes mudanças com relação ao dispositivo revogado. Se houver o requerimento de tutela antecipada antecedente e o pedido for concedido, o autor tem a obrigação de aditar petição inicial complementando o processo, sob pena de ter o processo extinto sem resolução do mérito. É importante ressaltar também a possibilidade de estabilização da tutela antecipada, fato que ocorre quando não há recurso do réu impugnando à decisão que concedeu a tutela antecipada. Quando tal juízo se torna estável, ocorre a extinção do processo e a conservação de seus efeitos, sem, contudo, instituir o trânsito em julgamento material.

Há casos em que, para que seja possível a realização de tutela satisfativa do direito, pode ser necessário utilizar-se da tutela cautelar, que visa assegurar que a tutela satisfativa possa futuramente e eventualmente ocorrer. A tutela cautelar relaciona-se com o processo e com os ritos procedimentais que podem existir, funcionando como forma de instrumentalizar o processo e permitindo que não se perca a possibilidade de produzir uma prova, por exemplo.

Situação típica de tutela de urgência cautelar está nas situações em que uma das testemunhas arroladas corre risco de vida, razão pela qual se peticiona tutela cautelar para que ela possa ser ouvida rapidamente sob o risco de prejudicar o desenvolvimento do julgamento do processo no futuro. Em resumo, pode ser entendida como uma espécie de tutela que acautela o processo para que futuramente as outras tutelas – provisórias ou definitivas – possam ocorrer.

No que tange à tutela de evidência, a doutrina processual considera que ela é sempre satisfativa. De acordo com o art. 311 do NCPC,⁴ essa modalidade de tutela poderá ser concedida sem ser preciso demonstrar o perigo de dano ou de risco ao

4 “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; e IV – a petição inicial for instruída com prova

resultado útil do processo. A tutela pode ser antecipada em razão de uma defesa inconsistente do réu ou uma enorme probabilidade de que o seja em virtude da indiscutível razão do autor. Há, ainda, o requisito da desnecessidade de dilação probatória, amparada pelo inciso II do mesmo artigo, determinando que as alegações de fato sejam possíveis de se comprovar apenas documentalmente e que haja tese firmada em recursos repetitivos ou súmulas vinculantes.

Em suma, nas tutelas de evidência o autor precisar demonstrar para o magistrado que, independentemente da urgência, o direito é tão cristalino e evidente que o caminho do processo poderá ser “simplificado”. Tal situação é de extrema importância para a matéria tributária, visto a carga de elaboração de súmulas e processos amantados de repercussão geral que tramitam nas cortes superiores e no Supremo Tribunal Federal (STF). Assim, é possível que um contribuinte suspenda a exigibilidade do crédito tributário, lançado em sede de tutela de evidência, alegando recursos repetitivos ou julgamentos exarados na suprema corte.

O inciso IV do mesmo art. 311 exige que a petição inicial tenha sido instruída com provas documentais suficientes a respeito dos fatos constitutivos do direito do autor e que o réu não tenha oposto provas capazes de gerar “dúvidas razoáveis”. Segundo Marinoni,⁵ o conceito de “defesa inconsistente” já seria suficiente para abarcar todas as hipóteses do art. 311 do NCPC.

As tutelas provisórias conservam sua eficácia na pendência do processo, mas podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo, uma vez que podem ser apresentados novos elementos processuais que podem alterar a convicção judicial. Quanto à eficácia temporal, a tutela somente funciona até o advento da tutela definitiva. Nesse sentido, a relação entre a tutela provisória e a definitiva é que só é possível antecipar aquilo que pode vir ao final; a tutela satisfativa antecipada guarda relação de identidade, total ou parcial, com a tutela satisfativa final, sendo que o provimento provisório é, então, um reflexo do definitivo.

Quanto à responsabilidade que nasce com o provimento da tutela provisória, a doutrina tende a entender que é caso de responsabilidade objetiva, no qual não é necessário demonstrar dolo ou culpa para que a outra parte, responsável pelo dano que foi impedido pela concessão da tutela provisória, arque com as consequências

documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.”

5 MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

judiciais e patrimoniais da decisão. Nesse sentido, o equivalente na legislação é o art. 302 do NCPC.⁶

3. A TUTELA DE URGÊNCIA NO PROCESSO TRIBUTÁRIO

As ações tributárias normalmente são subdivididas a partir da legitimidade das partes para propor cada uma delas; dessa forma, analisam-se as ações propostas pelo fisco e pelo contribuinte. No primeiro caso, é comum que o fisco não se utilize de processos de natureza de conhecimento, uma vez que pode constituir unilateralmente seus títulos executivos.⁷ A autoridade fazendária busca constituir o crédito tributário por ela lançado e o faz por meio de processos de execução. Nessa seara, é possível que haja algum tipo de conduta dos contribuintes que gere uma ameaça ao adimplemento do crédito, e é essa a razão da existência de ações cautelares fiscais.

As cautelares fiscais possuem caráter cautelar por terem como objetivo instrumentalizar o processo de execução fiscal por meio de ritos procedimentais. Essa ação é alvo de diversas críticas na doutrina, tendo como principal questionamento a utilidade de tal ação, uma vez que a constituição do crédito tributário já garante ao poder público a possibilidade de ajuizar execução fiscal, com a penhora dos bens do devedor, para a defesa do adimplemento do crédito tributário.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) apresentou entendimento, no julgamento do Recurso Especial (REsp) n. 689.472/SE, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em 5 de outubro de 2006, que “a medida cautelar fiscal, ensejadora de indisponibilidade do patrimônio do contribuinte, pode ser intentada mesmo antes da constituição do crédito tributário”, ou seja, ainda na esfera administrativa pode ser proposta pela Fazenda a ação aqui em análise, funcionando como instrumento inibidor de eventuais recursos protelatórios. Os requisitos desse instrumento processual são os mesmos da tutela de urgência cautelar, sendo que, aqui, a fumaça do bom direito é caracterizada pela constituição do crédito tributário.⁸

6 “Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I – a sentença lhe for desfavorável; II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; e IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.”

7 SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Processo Tributário*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

8 SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Processo Tributário*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Por parte dos contribuintes, é possível a interposição da chamada medida liminar em mandado de segurança, instrumento pelo qual é possível a suspensão do ato impugnado, sempre tendo como base os requisitos da relevância do fundamento e a possibilidade de ineficácia da medida (art. 7º, inciso III, da Lei n. 12.016/2009). Tais requisitos são, em verdade, os mesmos das tutelas de urgência antecipadas – *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

O primeiro requisito está relacionado a um conjunto probatório que convença o juiz, ao menos provisoriamente, de que o pedido formulado pelo autor possui amparo legal. Ainda, para a concessão de medida liminar, é necessário que a prestação de uma resposta jurisdicional concedida posteriormente não seja eficaz e cause danos ao autor em razão da perda ou deterioração do objeto, fundamento exposto no segundo requisito – perigo da demora.

Machado Segundo⁹ apresenta importante distinção com relação aos “danos irreparáveis”, consequências que devem ser tratadas, segundo o autor, não pelo instrumento das medidas liminares, mas pela impetração de mandado de segurança, sempre que direitos líquidos e certos estejam sendo violados. No caso das medidas liminares, o dano que pode ser causado está relacionado a uma ineficácia da resposta jurisdicional, emitindo uma sentença judicial sem objeto, a respeito de crédito tributário sobre dívida já prescrita, por exemplo. Atenta-se, por fim, à necessidade de reversibilidade das medidas liminares que, por sua essência, não representem um juízo satisfativo exauriente, limitando-se a guardar relação com a decisão final sem, contudo, antecipá-la.

Sob um aspecto mais favorável ao contribuinte, as medidas liminares ainda podem, segundo o art. 151 do Código Tributário Nacional (CTN), ser suficientes para suspender a exigibilidade do crédito tributário, afastando a necessidade de o devedor da Fazenda Pública depositar o montante integral supostamente devido. Esse instrumento processual possui capacidade de conceder os mesmos benefícios que o depósito judicial, garantindo maior segurança ao contribuinte durante as posteriores fases de discussão do crédito tributário.

Há, por fim, dois outros instrumentos de tutela provisória que o contribuinte pode utilizar no decorrer do processo tributário: a liminar em ação cautelar e a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. O avanço do NCPC nessa seara veio com a necessidade de instrumentalização do processo como meio de proteção do direito material. A partir dessa concepção, práticas muito comuns que

9 SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Processo Tributário*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

mitigavam direitos fundamentais dos contribuintes foram combatidas na medida em que se deixou de lado o formalismo extremo.

Caso típico de tal situação são justamente as tutelas de urgência do processo tributário, sendo comum que juízes negassem os pedidos realizados simplesmente por ter o contribuinte optado pela via processual equivocada, propondo uma ação cautelar nas situações em que era necessária a antecipação de tutela. O indeferimento de tutelas de urgência realmente necessárias com base no extremo formalismo já era considerado um ato violador do princípio da proporcionalidade e, com o NCPC, pode ser combatido.

Com relação ao uso das medidas liminares junto à compensação do crédito tributário, o autor Hugo de Brito Machado¹⁰ defende que é possível que se pleiteie a compensação a partir de decisões liminares; Isso porque não há uma extinção do crédito tributário, sendo possível que a Fazenda Pública o restabeleça e execute decisão judicial final que eventualmente a seja favorável, negando a existência do crédito ao contribuinte.

Tais entendimentos já foram acobertados pela jurisprudência do STJ no REsp n. 575.867/CE (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 5 de fevereiro de 2004) e no Agravo Regimental ao Agravo de Instrumento (ADA) n. 517.989/DF (Rel. Min. José Delgado, julgado em 16 de outubro de 2003), nos quais afirmaram que o objetivo das tutelas de urgência no processo tributário é a suspensão liminar da exigibilidade do crédito tributário que será, posteriormente, objeto de compensação. Nesse sentido, não são incompatíveis as medidas liminares e a compensação.

4. A TUTELA DE EVIDÊNCIA NO PROCESSO TRIBUTÁRIO

A aplicação da tutela de evidência em questões de direito tributário muito se assemelha às hipóteses de tutela de urgência, uma vez que se busca, por meio de ambas, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Nesse sentido, vale ressaltar que o mais importante dispositivo que correlaciona a tutela de evidência e o processo tributário é o art. 311, inciso II, do NCPC. Segundo o dispositivo, o requisito para a concessão do mecanismo é o entendimento consolidado da tese discutida em recursos repetitivos e súmulas vinculantes. Em obediência à lógica dos precedentes, o NCPC buscou agilizar a concessão

10 MACHADO, Hugo de Brito. O direito de compensar e o artigo 170-A do CTN. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Problemas de processo judicial tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. v. 5.

da resposta jurisdicional nos casos em que já se mostra notório o entendimento a ser aplicado na hipótese concreta.

A tutela de evidência não requer que seja demonstrado o perigo do dano, mas exige a probabilidade do direito ainda mais latente que nas situações de tutela de urgência. Cabe ressaltar, entretanto, que não se pode confundir a concessão de tal tutela com o julgamento antecipado do mérito em razão do juízo não exauriente que a compõe. Nesse sentido, Wambier, Ribeiro, Conceição e Mello¹¹ afirmam que “na tutela de evidência, diferentemente do julgamento antecipado, a decisão pauta-se em cognição sumária e, portanto, traduz uma decisão revogável e provisória”.

É comum que se relacione o mandado de segurança, instituído pela Lei n. 12.016/2009, com o instrumento ora analisado, uma vez que aquele é garantido ao interessado para defesa de direito líquido e certo e este pode ser utilizado sempre que estiver em evidência o direito do autor e a tese pleiteada – consolidada em sede de repetitivos e súmulas vinculantes. Nesse sentido, seria possível a concessão de tutela de evidência liminar em mandado de segurança tributário, como fica claro no exemplo trazido por André Vasconcelos Roque:¹²

Imaginemos que a ilicitude de determinado tributo tenha sido reconhecida em recurso especial repetitivo. Nas ações individuais subsequentes sobre a mesma matéria, bastaria ao autor, por exemplo, demonstrar documentalmente suas alegações e o enquadramento de seu caso na tese jurídica definida no recurso especial repetitivo para fazer jus à tutela de evidência que suspendesse a exigibilidade do tributo (art. 311, II), sem que fosse necessário demonstrar o *periculum in mora*.

Ao contribuinte, tal mecanismo se mostra bastante interessante principalmente se analisado em relação ao art. 151, inciso IV, do CTN,¹³ por assegurar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

11 WAMBIER, Teresa; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins e; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo CPC*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 68.

12 ROQUE, André Vasconcelos. *Uma tutela nada evidente*: a tutela da evidência recursal. São Paulo: JOTA, 21 dez. 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/uma-tutela-nada-evidente-a-tutela-da-evidencia-recursal>>. Acesso em: 23 set. 2016.

13 “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: I – moratória; II – o depósito do seu montante integral; III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; e IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança.”

Assim, sempre que houver demonstração dos fatos por meio de provas cabais e a definição da tese jurídica em precedentes vinculantes, é interessante ao contribuinte interpor o mecanismo da tutela provisória de evidência.

5. CONCLUSÃO

Com a entrada em vigor do NCPC, amparando subsidiariamente o processo tributário, os contribuintes e a autoridade fiscal puderam lançar mão das tutelas provisórias para a obtenção de uma resposta jurisdicional do Estado mais célere e, em certo grau, satisfatória.

As inovações trazidas pelos dispositivos processuais prezaram pelo combate ao intenso formalismo que ameaçava a concessão dos direitos fundamentais, apresentando o processo mais como um instrumento para garantir o direito material que um empecilho burocrático, como era prática comum.

De fato, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁴, o deferimento da tutela provisória depende da demonstração de elementos que evidenciem a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Para a concessão de tutela de urgência (art. 300 do CPC/2015), há se exigir a presença cumulada dos dois requisitos legais: a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Além disso, exige-se que não haja risco de irreversibilidade da medida. Vale destacar que o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, por sua vez, devem estar fundados em elementos objetivos, capazes de serem expostos de forma racional, e não em meras conjecturas de ordem subjetiva.

A concessão de tutelas provisórias dentro do processo tributário perpassa conflitos de princípios constitucionais inerentes ao devido processo legal, à efetiva prestação jurisdicional, ao contraditório, à ampla defesa e à segurança jurídica, mas

14 PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. RECURSO ESPECIAL. PROBABILIDADE DO DIREITO ALEGADO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. 1. O deferimento de tutela provisória de urgência pressupõe a demonstração de elementos que evidenciem a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. 2. No caso concreto, a agravante não logrou demonstrar a viabilidade das teses deduzidas no recurso especial. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no TP 1.423/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018)

é possível perceber que estas são instrumentos processuais bastante relevantes, principalmente para a proteção do crédito tributário e do contribuinte frente a cobranças abusivas.

Por parte do fisco, cautelares que assegurem a efetividade da execução fiscal e, por parte do contribuinte, liminares em mandados de segurança que suspendam a exigibilidade do crédito tributário são alguns exemplos que asseguram a paridade de armas necessária para uma correta composição das lides tributárias que diariamente chegam ao judiciário.

A TUTELA DA EVIDÊNCIA NO MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Douglas Mota

Antonio Carlos G. Gonçalves

1. INTRODUÇÃO

O Brasil, como se sabe, tem uma das maiores cargas tributárias do mundo. Estudos demonstram que os brasileiros pagam, em média, entre impostos, taxas e contribuições, o equivalente a um terço das suas rendas. Não bastasse isso, a burocracia e a dificuldade no cumprimento de obrigações relacionadas demandam elevado número de horas e, por vezes, implicam em equívocos não intencionais que levam a autuações que envolvem vultosas quantias.

Essa situação, entretanto, não chega a espantar. O nosso sistema tributário é, como demonstram vários estudos nacionais e internacionais, um dos mais complexos considerando as economias desenvolvidas. Apesar de ter sido criado para harmonizar as relações da sociedade de forma a atender aos seus princípios fundamentais (calcados, como consta da Carta Federal de 1988, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária), o arcabouço das normas tributárias brasileiras está muito longe de se adequar a esses princípios, sendo, especificamente no que tange ao sistema tributário, muitas vezes uma forma de engessar as relações tributárias, dada a sua rigidez.

O desacerto entre o desejo arrecadatório dos entes tributantes e o dos contribuintes acaba produzindo uma infindável edição de normas tributárias, por vezes de difícil interpretação, que atropelam os direitos individuais e coletivos, dado o não respeito aos princípios constitucionais. Nesse contexto, é de se destacar a

importância do poder judiciário e a efetividade de suas decisões em matéria tributária, já que acabam sendo marco para aqueles que operam na defesa do direito dos contribuintes.

Contudo, no Brasil a morosidade do judiciário acaba sendo mais um empecilho para o apaziguamento das relações tributárias, na medida em que se torna não uma solução, mas parte do problema. Sob essa premissa é que há muito se busca no Brasil induzir celeridade ao processo tributário, o que inclusive pode auxiliar os entes públicos na arrecadação tributária e, quem sabe, evitar projetos de intenção duvidosa, como a securitização dos débitos em dívida ativa.

E, quando o assunto é efetividade, a atenção se volta para os denominados provimentos de natureza acautelatória e os seus possíveis efeitos práticos no dia a dia e nas atividades dos contribuintes, uma vez que têm como premissa a manutenção de forma célere do direito em risco, que, se alterado, poderá causar prejuízos irreversíveis à parte.

O Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), antes mesmo das reformas que sofreu ao longo da sua vigência, já previa a possibilidade de obtenção de provimentos dessa envergadura, ou seja, satisfativos, de algum modo e de maneira imediata. O seu texto original contemplava, como se sabe, a chamada medida cautelar, que tinha por objetivo a proteção do processo e a eficácia da decisão final.

Com o advento da Lei Federal n. 8.952/1994, houve a introdução, no ordenamento jurídico, da chamada tutela antecipada, por meio da qual havia a faculdade de o juiz, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. O Novo Código de Processo Civil (NCPC), não menos atento à importância do tema e com o intuito inclusive de aprimorá-lo, eliminou o processo cautelar e estabeleceu duas medidas de aplicabilidade imediata, que ficaram divididas nas denominadas tutelas de urgência e de evidência.

Essas figuras constam do Livro V – Tutela Provisória do NCPC. Segundo o art. 294 do referido diploma, a tutela provisória poderá fundamentar-se em urgência ou evidência, sendo que em ambos os casos poderá haver a concessão em caráter antecedente ou incidente (quando independerá do pagamento de custas). Como se pode observar, há clara distinção entre tutela de urgência (art. 300 a 310) e tutela de evidência (art. 311), com pressupostos diferentes. Em resumo, enquanto na primeira há urgência na proteção do direito, na segunda o que se tem em mente é acelerar a discussão.

Apesar de não ser o foco do presente artigo, a nosso ver se mostra importante deixar clara a distinção entre as duas figuras.

1.1 Tutela de urgência

A premissa aqui é simplesmente que as partes envolvidas não podem esperar a sentença final, uma vez que haveria situação de iminente risco, e aguardar a conclusão da análise do mérito poderia trazer prejuízo irreversível.

Segundo o art. 300 do NCPC, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Ou seja, como esclarece Cassio Scarpinella Bueno,¹ “São expressões redacionais do que é amplamente consagrado nas expressões latinas *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, respectivamente”. Para a concessão da medida acautelatória o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, com possibilidade de a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. A respeito dessa segunda hipótese, Cassio Scarpinella Bueno² também anota que seria esta uma alternativa àquelas situações em que os pressupostos para a concessão da tutela de urgência não são passíveis de demonstração com a própria petição inicial (prova documental, ata notarial ou estudo técnico), sendo o caso, por exemplo, de ouvir testemunhas ou o próprio requerente da medida, o que merece ser justificado na própria petição em que é formulado o pedido. Aqui, o mais correto não é indeferir o pedido de tutela de urgência, mas designar a referida audiência para colheita da prova.

Quando for de natureza antecipada, a tutela de urgência não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Essa situação está relacionada ao previsto no art. 273, § 2º, do CPC/73. A esse respeito vale citar mais uma vez Cassio Scarpinella Bueno,³ que expõe entendimento no sentido de que

a vedação da concessão da tutela de urgência nos casos de irreversibilidade não deve prevalecer nos casos em que o dano ou o risco que se quer evitar ou minimizar é qualitativamente mais importante para o requerente do que para o requerido. Subsiste, pois, o implícito ao sistema – porque isso decorre “modelo constitucional” – o chamado “princípio da proporcionalidade”, a afastar o rigor literal desejado pela nova regra.

1 BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

2 BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

3 BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

Portanto, a tutela de urgência poderá ser na forma de cautelar, situação em que se tem autonomia do procedimento, ou de tutela incidental. Em ambos os casos, a ideia é sempre assegurar a utilidade da decisão judicial. Vale ainda ter em mente que, quando de natureza cautelar, a tutela de urgência pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

Ademais, independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: (i) a sentença lhe for desfavorável; (ii) obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de cinco dias; (iii) ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; e (iv) o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Nesses casos, a indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

Nessas breves palavras, o que se busca é exatamente fixar as bases que guiam a tutela de urgência, a qual, como se verá e já foi sugerido antes, se distingue da tutela de evidência.

1.2 Tutela de evidência

A tutela de evidência, por sua vez, está prevista no art. 311 do NCPC e será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, nas situações a seguir.

1.2.1 Caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte

Essa possibilidade sugere verdadeira sanção a ser aplicada pelo guardião do processo, o juiz, quando perceber que está havendo verdadeira tentativa de atrasar a análise do caso.

Mas a concessão não está apenas conectada a esse intuito protelatório. É necessário que o direito também esteja presente, ou seja, é indispensável que o autor demonstre claramente que tem razão no pleito de mérito e que o atraso está lhe causando prejuízo. Há autores⁴ que inclusive entendem ser possível a concessão da

4 Nesse sentido: BODART, Bruno Vinicius da Rós. *Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Coleção Liebman).

tutela de evidência, sob essa situação sancionatória, antes mesmo da apresentação da defesa, uma vez que há casos em que o réu, já ciente do processo, faz de tudo para fugir da citação.

Nas discussões que envolvem a Fazenda Pública, é comum imaginar que tal situação possa ocorrer quando o ente público insiste na discussão de tema já pacificado, sendo o caso mais notório aquele que envolve súmula vinculante. Entretanto, há precedentes em que o judiciário já reconheceu o intuito procrastinador da Fazenda Pública na apresentação de recursos, os quais, mesmo não tratando exatamente da tutela de evidência, demonstram que tal situação não é de exclusividade dos particulares.

Como exemplo de tais precedentes se pode citar decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em recurso repetitivo relacionado ao Recurso Especial (REsp) n. 1.035.847, que levou a Fazenda Nacional à condenação. O caso tratava da correção monetária de créditos não escriturais de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). Nesse caso, houve a imposição de multa em razão da tentativa de se adiar a solução do processo. Outro exemplo é o REsp n. 949.166. Nesse caso, a decisão foi no sentido de que, ao apresentar diversos embargos protelatórios, a União estaria contrariando o interesse público.

Não se está aqui dizendo que necessariamente haveria a concessão da tutela de evidência, de forma incidental, nesses casos, porém tais precedentes sugerem que a Fazenda Pública também pode ser objeto de sanção na situação em que fica evidente o interesse protelatório na apresentação de recursos, o que é premissa para a concessão da tutela de evidência.

1.2.2 Alegações de fato comprovadas apenas documentalmente com tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante

Essa hipótese se baseia na situação em que a alegação é claramente baseada em prova já constituída e a tese defendida está consolidada, tendo sido objeto de julgamento de casos repetitivos⁵ ou súmula vinculante.⁶

5 “Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I – Incidente de resolução de demandas repetitivas; II – Recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.”

6 Constituição Federal, art. 103-A: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria

Ponto que aqui merece reflexão é o motivo de não ter sido feita referência aos Recursos Extraordinários (RE) julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de repercussão geral, que também constituem importantes precedentes. A esse respeito, é interessante a análise do Enunciado 30 aprovado durante seminário⁷ sobre o NCPC realizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam). Confira-se:

É possível a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC 2015 quando a pretensão autoral estiver de acordo com orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula dos tribunais, independentemente de caráter vinculante.

Outro Enunciado que foi aprovado em tal seminário e merece destaque é o de número 31, o qual prevê que: “A concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 independe do trânsito em julgado da decisão paradigma”. Esse entendimento promete ser bastante polêmico, uma vez que o texto legal nada trata sobre tal matéria, valendo anotar, entretanto, que a jurisprudência do STJ, firmada sob a égide do CPC/71, já ditava regra no mesmo sentido.

1.2.3 Pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa

Ainda que não esteja expressa nessa hipótese, nos parece clara a necessidade da comprovação da mora do devedor. Isso inclusive foi objeto de Enunciado do já mencionado Seminário Enfam, o de número 29, o qual prevê que: “Para a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, III, do CPC 2015, o pedido

constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

7 O seminário foi realizado no período de 26 a 28 de agosto de 2015. A Enfam foi criada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e instituída pela Resolução n. 3/2006 do STJ, e é o órgão oficial de formação de magistrados brasileiros. A ela compete regulamentar, autorizar e fiscalizar os cursos para ingresso, vitaliciamento e promoção na carreira.

reipersecutório deve ser fundado em prova documental do contrato de depósito e também da mora”.

Outro ponto interessante aqui é a previsão de cominação de multa, não havendo qualquer definição do montante. Portanto, nos parece que esta estará sob a definição do julgador, o qual deverá ser guiado pela melhor forma de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação.

1.2.4 Petição inicial instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável

Tendo o autor produzido prova suficiente que evidencia seu direito, e de outro lado o réu não sendo capaz de combater o quanto alegado, exigindo-se que pelo menos cause dúvida, estará o julgador apto à concessão da tutela de evidência, não sendo necessário aguardar o trânsito em julgado da demanda para que o autor tenha acesso ao quanto pleiteado.

Dúvida que se coloca aqui é a robustez da prova apresentada pelo autor, na medida em que a prova definitiva deve ser produzida no próprio processo. Portanto, se está falando de prova que tem o poder de inicial da indução, mas não necessariamente apresenta a certeza, fato que, na prática, poderá levar os julgadores a temerem a concessão dessa tutela. De todo modo, por certo o julgador terá de demonstrar claramente os motivos que levaram à concessão da tutela. Assim, é evidente que a concessão sob essa modalidade estará diretamente conectada à incapacidade da outra parte de fazer prova contrária, ao ser ouvida.

Como se vê, os requisitos para a concessão da tutela de evidência são distintos daqueles exigidos para a outorga da tutela de urgência. Enquanto nesta exige-se a demonstração do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, naquela esse pressuposto (conhecido como *periculum in mora*) não está presente. E em que medida a novidade trazida pelo NCPC pode ajudar ainda mais os operadores do direito e os contribuintes em mandados de segurança de natureza tributária? A seguir, procuraremos abordar dois aspectos da questão, não pretendendo esgotá-la.

2. A TUTELA DA EVIDÊNCIA NO MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

O Estado é uma sociedade politicamente organizada, dotada de um território, um povo e com objetivos determinados. Inúmeros são os seus deveres, dentre

os quais se acham a saúde, a segurança, a moradia, a educação, o emprego e o bem-estar social. Para manter essas necessidades básicas da sociedade, o Estado precisa de recursos financeiros e desenvolve atividades para arrecadá-los e geri-los. Tem, assim, assegurado pela Constituição Federal Brasileira, o chamado poder de tributar.

Mas se de um lado o Estado tem esse grande poder, a sociedade tem, de outro, remédios constitucionalmente previstos para a defesa dos seus direitos, no caso de abuso da autoridade estatal. E um desses remédios é inquestionavelmente o mandado de segurança que, sempre vale lembrar, **tem por objetivo proteger direito líquido e certo**, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Em matéria tributária, o mandado de segurança é medida amplamente utilizada pelos contribuintes que procuram o poder judiciário, porque, em resumo: (i) como regra, esse tipo de ação tem preferência na tramitação; (ii) não é cabível a condenação em honorários de sucumbência; (iii) a sua impetração pode ocorrer tanto em caráter preventivo como repressivo; e (iv) o rito do processo é simplificado, pouco oneroso, e a apelação interposta da sentença concessiva da ordem não impede a sua imediata execução, no caso pelo contribuinte. Além disso, o destaque do mandado de segurança para matéria tributária também reside na possibilidade da concessão de medida liminar que tem o poder de suspender, de imediato, a exigibilidade de qualquer tributo, independentemente de caução, nos moldes do que determina o art. 151, inciso IV, da Lei Federal n. 5.172/1966 (Código Tributário Nacional – CTN).

A inserção da figura da tutela de evidência no ordenamento jurídico pode constituir, a nosso ver, mais um bom atrativo para a adoção do mandado de segurança por contribuintes que pretendam discutir matérias de natureza tributária no poder judiciário. E assim pensamos porque, até a entrada em vigor do NCPC, não havia controvérsia quanto à natureza e ao alcance das medidas liminares concedidas em mandado de segurança envolvendo direito tributário.

Como regra, essas liminares eram enquadradas exclusivamente no capítulo do CPC/73 destinado às medidas cautelares (não mais existente), ou seja, o provimento jurisdicional delas decorrente era precário, vale dizer provisório. Exemplo disso é o comando insculpido na norma do art. 7º, § 2º, da Lei Federal n. 12.016/2009, que assim dispõe:

Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: [...]

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes

do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Ou seja, a própria norma legal que disciplina o mandado de segurança impede a prolação de decisões liminares que, de algum modo, conduzam à extinção automática de créditos tributários. Mas, agora, com a entrada em vigor do NCPC e a introdução da tutela de evidência no direito pátrio, parece-nos que houve uma ampliação da eficácia das decisões que têm aplicabilidade imediata, permitindo-se ao magistrado a prolação daquelas inclusive de caráter definitivo.

Sobre a novidade da tutela de evidência, é interessante a posição de Paulo César Conrado,⁸ para quem, das hipóteses constantes do art. 311 do NCPC, a do inciso II é de realçada importância para o direito tributário, ou seja, a que diz respeito à viabilidade da outorga do provimento se “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

Outro ponto destacado pelo referido autor é que não há qualquer incompatibilidade entre o mandado de segurança e a tutela de evidência. Para ele, o uso da tutela de evidência não representaria o afastamento da exigência do *periculum in mora* no mandado de segurança, como se houvesse uma reescritura da lei que rege tal figura processual. Portanto, o mandado de segurança, embora disciplinado em lei própria, deve ser interpretado em contexto com o NCPC, e não isoladamente. Ao assumir essa posição, é necessário ter em mente que a lei do mandado de segurança terá de conviver com o art. 311 do NCPC, o que nos parece bastante razoável, exatamente no que tange ao inciso II, já que nessa situação nos parece que não haveria dúvida do direito líquido e certo a ser defendido pelo autor.

Contudo, no caso do inciso II do art. 311 do NCPC o julgador terá de conviver com a necessidade de verificar se a prova pré-constituída está em linha com a tese consolidada. Isso não significa que no mandado de segurança haverá uma fase probatória, mas apenas a evidência de que o direito é líquido e certo. Assim, o julgador deverá estar aberto a essa situação, e não meramente ignorá-la sob a alegação de que no mandado de segurança não cabe análise de prova, pois se assim fosse não haveria certeza do direito líquido e certo.

8 CONRADO, Paulo César. *Site Consultor Jurídico*. 25 maio. 2016.

Vale ainda registrar que o NCPD não delimita os efeitos da decisão proferida em tutela de evidência, sendo admissível afirmar, em nossa opinião, que essa medida também teria natureza definitiva, especialmente por ser concedida nos termos do referido inciso II do art. 311, ou seja, casos com tese fundada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Essa, seguramente, é uma inovação importante porque, com esteio em um precedente tomado pelo STJ em sede de Recurso Especial Repetitivo representativo de determinada controvérsia ou súmula vinculante, um contribuinte poderá, em tese, pleitear não só a suspensão da exigibilidade de um crédito tributário, mas a sua própria extinção, o que lhe dará o direito, por exemplo, inclusive de obter Certidão Negativa de Débitos (CND) e não mais Certidão Positiva com Efeitos de Negativa (CPEN).

Sobre essa matéria, é interessante a lição do Ministro Luiz Fux,⁹ que presidiu a comissão de juristas que elaborou o anteprojeto do NCPD, para o qual o “direito evidente é aquele em que se tem algo além do *fumus boni iuris*, sendo equiparável ao direito líquido e certo do mandado de segurança”. O referido autor parte do princípio de que a decisão que concede a tutela de evidência é fundada em cognição exauriente, e não em cognição sumária. Segundo o ministro da mais alta corte brasileira, “a evidência do direito exclui a cognição sumária, porque é o próprio objeto litigioso que se oferece completo ao juízo”.

Agora é esperar para ver como vai se consolidar a jurisprudência sobre a matéria, valendo lembrar que, quando da introdução do instituto da tutela antecipada no CPC/73, as primeiras decisões que foram proferidas pelo poder judiciário fixavam a tese de que esse tipo de tutela não era aplicável contra a Fazenda Pública. Mas, com o passar do tempo, houve uma reversão no entendimento e hoje se acham julgados proferidos em sentido inverso, como é o caso da conclusão que se alcançou no julgamento do REsp n. 770.308/SC, cuja ementa é reproduzida:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE.

1. Desde que preenchidos os respectivos pressupostos, não há óbice à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública.
2. Recurso especial provido. (REsp n. 770.308/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em: 11 set. 2007)

9 FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 305.

Outra vantagem trazida pela tutela de evidência é que ela, como já visto neste artigo, dispensa a verificação do perigo na demora. Nos tempos atuais, para a outorga da tutela de evidência, não é necessário demonstrar o risco de dano irreparável ou de difícil reparação. É suficiente asseverar, de acordo com o art. 306, que o direito é evidente.

É lógico que a tutela de evidência deve respeitar o princípio do contraditório. Assim, nesses casos, como não há a urgência no reconhecimento do direito, o réu (no caso, a Fazenda Pública) deve ser ouvido previamente. Ou seja, nas hipóteses de evidência que envolvam matérias exclusivamente de direito, o contribuinte pode esperar pela resposta do réu, que poderá trazer elementos relevantes para a correta solução da lide e a sua extinção imediata do processo, com julgamento de mérito e sem a interposição de recursos meramente protelatórios.

Ainda sobre a tutela de evidência, embora, como dito, seja necessário aguardar a consolidação da jurisprudência sobre a matéria, já é possível encontrar alguns julgados no sentido da sua aplicabilidade nas lides envolvendo a Fazenda Pública, desde que cumpridos os seus requisitos, como se verifica do seguinte Acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:¹⁰

10 No mesmo sentido: “Ementa: AGRADO DE INSTRUMENTO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE DE MULTA. AÇÃO ANULATÓRIA. TUTELA PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DAS VEDAÇÕES CONTIDAS NA LEI 9.494/97. TUTELA DE EVIDÊNCIA. HIPÓTESE REQUERIDA QUE NÃO AUTORIZA DEFERIMENTO ANTES DE OPORTUNIZADO O CONTRADITÓRIO. – O Supremo Tribunal Federal, em que pese ter sufragado a constitucionalidade das vedações contidas na Lei no 9.494/97, entende que somente não pode ser deferida tutela provisória em desfavor da Fazenda Pública nas hipóteses que importem em: (a) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (b) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; (c) outorga ou acréscimo de vencimentos; (d) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público ou (e) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que tal ação diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas. – No caso, é possível, em tese, a concessão da tutela de evidência pretendida, porque, além de não envolver reclassificação, equiparação, concessão de aumentos ou vantagens a funcionários, a eventual concessão não esgotará, total ou parcial, o objeto da ação, já que a parte agravante pretende somente que o agravado se abstenha de inscrever o valor da penalidade aplicada em dívida ativa e que promova a execução fiscal. – Contudo, a concessão da tutela provisória de evidência só admite concessão inaudita altera parte quando (i) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houve tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (inc. II); ou (ii) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental de contrato de depósito (inc. III). Nas outras duas hipóteses (incs. I e IV do art. 311 do NCPC), em razão do disposto no parágrafo único, a concessão dependerá

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. VARA DA FAZENDA PÚBLICA. DEMANDA DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO TRIBUTÁRIA. TUTELA DE URGÊNCIA. INDEFERIMENTO. DECISÃO MANTIDA.

1. Prescreve o artigo 311, II, do NCPC que a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, hipótese na qual é lícito ao magistrado deferir liminarmente o pedido se presentes os requisitos (artigo 311, parágrafo único, novo Código de Processo Civil).

2. A tutela de evidência somente ocorre quando o legislador desde logo presume que a defesa será inconsistente (art. 311, II e III, CPC). [...] Nos demais casos a concessão de tutela de evidência só pode ocorrer depois da contestação (MARINONI. LUIZ GUILHERME. Novo Código de Processo Civil comentado. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 394).

3. Se a instrução probatória se faz necessária para definir o valor que o agravante pretende ver compensado, bem como se há necessidade de produção de prova pericial, tais fatos já são impedimento para a concessão da tutela postulada por contrariar o requisito da comprovação exclusivamente documental. Ademais, se a questão ainda não se encontra pacificada no âmbito da Suprema Corte, resta afetado o segundo requisito para a concessão da tutela de evidência.

4. Agravo conhecido e desprovido. (Acórdão n. 956845, 20160020108843AGI, Rel. Carlos Rodrigues, 6ª Turma Cível, julgado em: 13 jul. 2016, DJE: 2 ago. 2016)

Também já é possível encontrar julgados entendendo cabível a aplicação, cumpridos os seus quesitos, da tutela de evidência em mandado de segurança:

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSS. LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. EXIGÊNCIA DE

da atitude a ser tomada pela parte contrária, quer dizer, somente após angularizada a relação processual é que o juiz estará autorizado a conceder a tutela de evidência. – Na espécie, a tutela de evidência (fundada no inciso IV do art. 311 do NCPC) é descabida, pelo simples fato de que se deve aguardar a manifestação do réu. Agravo desprovido” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AI n. 70070362934, 22ª Câmara Cível, Rel. Marilene Bonzanini, julgado em: 13 out. 2016.

PRÉVIO AGENDAMENTO PARA ATENDIMENTO DO ADVOGADO. IMPOSSIBILIDADE. SUJEIÇÃO AO SISTEMA DE FILAS E SENHAS. TESE CONSOLIDADA NESTA CORTE. AUSÊNCIA DE SÚMULA VINCULANTE OU JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO. TUTELA DE EVIDÊNCIA INDEFERIDA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. [...]

3. Tutela de evidência indeferida. Ausência de tese firmada em julgamento de recurso repetitivo ou súmula vinculante a amparar o pleito do apelante, nos termos do artigo 311, inciso II do CPC/15.

4. Apelação parcialmente provida. (TRF 3ª Região, 3ª Turma, AMS n. 364225 – 0007233-10.2015.4.03.6109, Rel. Desembargador Federal Nery Junior, julgado em: 22 mar. 2017, e-DJF3: 31 mar. 2017)

O tempo permitirá que se verifique a consolidação da matéria pelos tribunais país afora, sobretudo após a questão passar pelo crivo das cortes superiores. Nesse estágio, com o curto período de vigência do NCPC, já se viu que alguns tribunais admitem a tutela de evidência nas lides tributárias e, adicionalmente, que a tutela também é admitida em sede de mandado de segurança. Espera-se que o saldo final seja no sentido de se permitir a tutela de evidência em mandados de segurança envolvendo discussões tributárias, visto que a possibilidade, além de permitir que o judiciário se desafogue de processos, julgando mais velozmente as lides que lhe são submetidas, é um mecanismo que facilita o direito de defesa dos contribuintes, que já têm de arcar com a elevada carga tributária do país.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, procuramos demonstrar, em poucas palavras, a situação em que se acha o sistema tributário nacional e a importância da efetividade das decisões proferidas pelo poder judiciário. Para nós, as decisões exaradas em caráter acautelatório e imediatamente exauriente são de suma importância para resguardar os direitos dos contribuintes, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas. E o NCPC veio trazer mais uma luz sobre o assunto, com a introdução da chamada tutela de evidência.

Esse instituto seguramente trouxe um avanço para o controle da legalidade e da constitucionalidade das normas tributárias editadas pelos entes da federação e, além disso, tem potencial para combater a morosidade de nosso judiciário. E esperamos que todos interpretem a novidade de maneira aberta e não restritiva, já que esse certamente foi o espírito do legislador ordinário ao instituir o NCPC.

Unindo-se o mandado de segurança a essa nova modalidade de tutela, talvez se consiga proteger o direito líquido e certo de forma muito mais ágil, já que também concede mais segurança a quem decide. Resta aguardar a pacificação da matéria pelos tribunais. Caso aquiesçam com a possibilidade, os benefícios não se cingirão apenas aos contribuintes, no que toca ao seu direito de defesa, mas também ao próprio judiciário, visto que se abre uma possibilidade de os processos tributários serem julgados com maiores celeridade e segurança.

COMO FICA A MEDIDA CAUTELAR PARA ANTECIPAÇÃO DE GARANTIA NO NCPC?

Adriana Passaro

1. INTRODUÇÃO

A pergunta que dá título a este capítulo é oportuna e a resposta passa por outras questões igualmente instigantes aos olhos dos estudiosos do processo civil e do direito tributário. O Novo Código de Processo Civil (NCPC) positivou a medida cautelar de caução prévia à execução fiscal, corrigindo a lacuna existente no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73)? Deixará de ser garantida ao contribuinte cujo débito ainda não foi ajuizado a isonomia em relação àqueles que já foram acionados judicialmente pelo fisco? Há uma solução processual para aqueles que se encontram no chamado “limbo processual tributário”?

Como se sabe, o processo administrativo fiscal garante ao contribuinte que impugnou tempestivamente a autuação lavrada contra si a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, inciso III,¹ do Código Tributário Nacional (CTN), assegurando-lhe, conseqüentemente, a certificação de regularidade fiscal e o pretendido exercício regular de suas atividades. Uma vez encerrada a discussão na esfera administrativa, com decisão desfavorável ao contribuinte, garante o mesmo art. 151 do CTN, em seu inciso II,² que o crédito tri-

1 “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: [...] III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; [...]”

2 “II – o depósito do seu montante integral; [...]”

butário também terá sua exigibilidade suspensa pelo depósito judicial do montante em discussão, de modo que, ajuizada a ação de cobrança pelo fisco e garantido o juízo, permanecerá o contribuinte em situação de regularidade fiscal.

Todavia, esse mesmo sistema tributário garante ao fisco um prazo de 5 anos para o exercício do seu direito de cobrança. Significa dizer que, após a constituição definitiva do crédito, quando do encerramento do processo administrativo, tem a Fazenda cinco anos para a propositura da ação de execução fiscal. Nesse período tem-se, portanto, de um lado crédito exigível e de outro execução fiscal ainda não ajuizada. Não há mais espaço para discussão em sede administrativa e não há lide instaurada judicialmente para o regular exercício de defesa por parte do contribuinte, mas o crédito tributário está em aberto. Resta assim caracterizado o limbo processual tributário a que nos referimos anteriormente.

Desse cenário nasceu a necessidade, ainda sob a égide do CPC/73, de encontrar uma forma de assegurar ao contribuinte o direito de garantir o débito ainda não ajuizado, possibilitando a emissão da conhecida Certidão Positiva com Efeitos de Negativa (CPEN), a fim de não prejudicar o exercício regular da atividade empresarial.

2. MEDIDA CAUTELAR DE ANTECIPAÇÃO DE GARANTIA NO CPC/73

A medida cautelar de caução ou de antecipação de garantia foi, por bastante tempo, a saída encontrada pelos contribuintes que estavam nesse limbo. Com fulcro nos art. 798 a 812 e 826³ do CPC/73, a medida cautelar proposta limitava-se a

3 “Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução. Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal. Parágrafo único. Nos casos urgentes, se a causa estiver no tribunal, será competente o relator do recurso. Parágrafo único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal. Art. 801. O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará: I – a autoridade judiciária, a que for dirigida; II – o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido; III – a lide e seu fundamento; IV – a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão; V – as provas que serão produzidas. Parágrafo único. Não se exigirá o requisito do no III

requerer, tão somente, a garantia do débito não ajuizado e a expedição da certidão de regularidade fiscal, deixando a discussão sobre o mérito da exigência para os autos dos futuros embargos à execução fiscal.

senão quando a medida cautelar for requerida em procedimento preparatório. Art. 802. O requerido será citado, qualquer que seja o procedimento cautelar, para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir. Parágrafo único. Conta-se o prazo, da juntada aos autos do mandado: I – de citação devidamente cumprido; II – da execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia. Art. 803. Não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros, os fatos alegados pelo requerente (artigos 285 e 319); caso em que o juiz decidirá dentro em cinco (5) dias. Parágrafo único. Se o requerido contestar no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento. Art. 803. Não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros, os fatos alegados pelo requerente (arts. 285 e 319); caso em que o juiz decidirá dentro em 5 (cinco) dias. Parágrafo único. Se o requerido contestar no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, havendo prova a ser nela produzida. Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que determinará que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer. Art. 805. A medida decretada poderá ser substituída pela prestação de caução, sempre que esta seja adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente. Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório. Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo. Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar: I – se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806; II – se não for executada dentro de 30 (trinta) dias; III – se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito. Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento. Art. 809. Os autos do procedimento cautelar serão apensados aos do processo principal. Art. 810. O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor. Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida: I – se a sentença no processo principal lhe for desfavorável; II – se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias; III – se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código; IV – se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810). Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar. Art. 812. Aos procedimentos cautelares específicos, regulados no Capítulo seguinte, aplicam-se as disposições gerais deste Capítulo. [...] Art. 826. A caução pode ser real ou fidejussória.”

A entendida por parte da doutrina como medida cautelar satisfativa oferecia ao jurisdicionado não uma cautela, mas a própria tutela pretendida de forma antecipada, sob o argumento de que nada mais se buscava naquela medida acautelatória senão a garantia do débito pela antecipação da penhora que se realizaria em futura ação de cobrança, penhora esta que era, inclusive, transferida para a ação de execução fiscal quando de seu ajuizamento. Nem sempre pacífica nos tribunais, a matéria chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, em Recurso Representativo de Controvérsia, restou decidido, nos autos do Recurso Especial (Resp) n. 1.123.669/RS:

1. O contribuinte pode, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa.
2. Dispõe o artigo 206 do CTN que: “tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa”. **A caução oferecida pelo contribuinte, antes da propositura da execução fiscal é equiparável à penhora antecipada e viabiliza a certidão pretendida, desde que prestada em valor suficiente à garantia do juízo.**
3. É viável a antecipação dos efeitos que seriam obtidos com a penhora no executivo fiscal, através de caução de eficácia semelhante. A percorrer-se entendimento diverso, o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco não se voltou judicialmente ainda.
4. Deveras, não pode ser imputado ao contribuinte solvente, isto é, aquele em condições de oferecer bens suficientes à garantia da dívida, prejuízo pela demora do Fisco em ajuizar a execução fiscal para a cobrança do débito tributário. Raciocínio inverso implicaria em que o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco ainda não se voltou judicialmente.
5. Mutatis mutandis o mecanismo assemelha-se ao previsto no revogado art. 570 do CPC, por força do qual era lícito ao devedor iniciar a execução. Isso porque as obrigações, como vínculos pessoais, nasceram para serem extintas pelo cumprimento, diferentemente dos direitos reais que visam à perpetuação da situação jurídica nele edificadas.
6. Outrossim, instigada a Fazenda pela caução oferecida, pode ela iniciar a execução, convertendo-se a garantia prestada por iniciativa do

contribuinte na famigerada penhora que autoriza a expedição da certidão. (grifo nosso)

Concluiu a 1ª Seção do STJ que, a despeito da via cautelar utilizada, de cautela não se tratava, mas de medida satisfativa requerida como caução, capaz de antecipar os efeitos da penhora que será realizada em execução fiscal futura. Celeuma resolvida, os contribuintes sabiam, até então, o que fazer quando se encontravam no mencionado “limbo processual tributário”.

Mas o cenário foi alterado com a extinção das medidas cautelares perpetrada pelo NCPC, vigente desde o dia 18 de março de 2016, que restringiu as tutelas provisórias a apenas dois grupos: (i) tutelas de urgência e (ii) tutelas de evidência. Segundo a professora Camila Vergueiro Catunda, esta assentada na ideia de evidência do direito e aquela fundada na ideia de perigo.

Para avançarmos neste estudo, é imprescindível que tratemos, ainda que de forma breve e apenas para contextualizar o tema, das tutelas provisórias no NCPC.

3. AS TUTELAS PROVISÓRIAS NO NCPC

Com o advento da Lei n. 13.105/2015 instituiu-se o NCPC, revogando o CPC/73 e promovendo alterações substanciais no processo civil, especialmente no tocante às tutelas provisórias.

Pretendeu o legislador, claramente, sanear omissões e complexidades existentes no diploma legal anterior, que tratava do tema sob o título “Processo cautelar” e visava assegurar, desde que verificada a presença dos requisitos, o resultado prático das providências cognitivas ou executivas aos litigantes. Mais que isso, normatizou o legislador a voz dos tribunais, vertendo em linguagem competente a jurisprudência pacífica. Atualmente, com respaldo nos art. 294 a 311⁴ do NCPC, os

4 “Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. Art. 295. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas. Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo. Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber. Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso. Art. 299. A

tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal. Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito. Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. § 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo: I – o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar; II – o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334; III – não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335. § 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito. § 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais. § 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final. § 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo. § 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito. Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. § 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto. § 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput. § 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º. § 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida. § 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º. § 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo. Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303. Art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir. Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias. Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum. Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais. § 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar. § 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal.

litigantes podem requerer tutela provisória fundamentada em urgência ou evidência. As medidas cautelares nominadas, tal qual as conhecíamos, deixaram de existir.

Se por um lado os provimentos jurisdicionais definitivos dos processos de conhecimento e de execução são imediatos e satisfativos, as tutelas jurisdicionais provisórias, por serem deferidas mediante cognição sumária do magistrado, possuem eficácia imediata respaldada em urgência ou evidência, todavia podem ser modificadas ou confirmadas a qualquer tempo pela cognição exaustiva do juízo. São caracterizadas, portanto, pela sumariedade de cognição e precariedade.

Da leitura desses artigos extrai-se que a tutela provisória é gênero cujas espécies dividem-se em tutela provisória de urgência, subdividida em cautelar ou antecipada, e de evidência. Eis aí a primeira diferença percebida ao analisarmos o NCPC. Sob a égide do CPC/73, as tutelas provisórias, fossem elas cautelares ou antecipadas, precisavam ser requeridas, necessariamente, com fulcro na existência do perigo da demora e na fumaça do bom direito, ou ainda na verossimilhança da alegação e no fundado receio de dano. Cabia, portanto, ao jurisdicionado demonstrar o risco de dano a que estava sujeito, bem como sustentar a relevância jurídica de seus argumentos de defesa, requisitos imprescindíveis à concessão da tutela pretendida. Mas, como se verá adiante, o risco não é condição, na novel compilação, para a concessão da tutela de evidência.

§ 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu. § 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335. Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: I – o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; II – não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias; III – o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito. Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento. Art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição. Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.”

Mas há outras mudanças tão ou mais relevantes apresentadas no novo livro dedicado às tutelas provisórias, como o fim da autonomia do processo cautelar, que falam de perto com o tema discutido neste trabalho. Estabelece o *caput* do art. 299 do NCPC que a tutela provisória será requerida ao juízo da causa, quando incidental, ou ao juízo competente para conhecer do pedido principal, na hipótese de pedido antecedente, não havendo de se falar mais, portanto, em processo cautelar autônomo. Concedida a tutela pretendida, caberá ao autor, ainda, o aditamento da petição inicial para a formulação do pedido de tutela definitiva, formulado nos mesmos autos, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito.

Tais dispositivos reforçam, nesse sentido, a precariedade das tutelas provisórias, que podem ser, a qualquer tempo, revogadas ou modificadas pelo juiz, consoante disposto nos novos art. 296 e 298 do NCPC. Qual deve ser, então, a via processual adotada pelo contribuinte, frente a todas essas mudanças, para garantia de seu débito previamente ao ajuizamento da execução fiscal, de modo que lhe seja assegurada a obtenção da certidão de regularidade fiscal, essencial à consecução da atividade empresarial?

Examinemos, especificamente, cada uma das novas tutelas provisórias.

3.1 Tutela de urgência

A prestação jurisdicional é função do Estado e, para obtê-la, os particulares e os órgãos públicos se valem do direito de ação para solucionar um litígio por meio da substituição da vontade das partes pela aplicação de norma geral e abstrata ao caso concreto. Ocorre que, em alguns casos, a espera pelo trâmite da ação pode acabar comprometendo o direito discutido e, em casos extremos, o provimento jurisdicional pode deixar de ser útil por perecimento do direito ou geração de dano irreparável, aquilo que a doutrina considera “dano marginal”, causado pela morosidade processual. É nesse contexto que as tutelas de urgência se fazem imprescindíveis.

Observando o princípio da proporcionalidade, faz-se uma ponderação entre o tempo do trâmite normal da ação e os prejuízos ao direito pleiteado que poderão advir em razão desse tempo. Desse modo, considerando-se os fatores tempo e efetividade da prestação jurisdicional, está-se diante do *periculum in mora*, aquele já conhecido receio de que a demora na prolação da decisão judicial cause danos graves ou de difícil reparação ao jurisdicionado, exigindo, para se lhe evitar, a concessão da tutela de urgência.

Nas palavras do professor Humberto Theodoro Júnior,⁵ são aquelas tutelas que visam

minimizar os danos decorrentes da excessiva demora na obtenção da prestação jurisdicional, quer seja ela imputável a fatores de natureza procedimental, ou mesmo extraprocessuais, relacionados à precária estrutura do Poder Judiciário, como a insuficiência de juízes e funcionários e a má distribuição de competências, entre outros.

Mas para tal concessão o perigo de dano deve ser concreto, atual e grave, isto é, um dano que não seja um mero temor do autor, mas efetivamente perceptível, cuja ocorrência seja iminente e o prejuízo possua intensidade relevante e, consequentemente, irreparável ou de difícil reparação. Na verdade, o que se vê ao analisar o capítulo das tutelas de urgência é que a sua concessão está condicionada, via de regra, ao binômio perigo de dano mais probabilidade do direito que se busca ver reconhecido, tal qual ocorria no CPC/73.

E note-se que os requisitos para a concessão da tutela de urgência, seja ela cautelar, seja ela antecipada, são exatamente os mesmos. Não obstante, segundo critérios de conveniência, o legislador pátrio entendeu por bem estabelecer essa subdivisão, podendo ambas ser requeridas em caráter antecedente ou incidental.

3.1.1 Tutela de urgência cautelar

Na modalidade cautelar da tutela de urgência, o objetivo do autor não é a antecipação de um direito em si, mas a segurança de que futuramente haja a satisfação do direito pretendido, não sendo, desse modo, satisfativa.

Essa tutela possui natureza instrumental, uma vez que oferecerá subsídio para um processo de conhecimento ou execução. O autor deverá indicar a lide genericamente, expondo especialmente o motivo pelo qual pretende assegurar o direito em razão do perigo de dano e do risco ao resultado útil do processo. A lide principal deverá ser proposta no prazo de 30 dias nos mesmos autos, inovação do novo diploma legal que consolidou o processo sincrético, não havendo necessidade de que os autos sejam apensados.

5 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 511.

Vale destacar que a inércia do autor em deduzir o pedido principal no prazo legal faz cessar a eficácia da tutela cautelar concedida em caráter antecedente. Exceção é feita aos casos em que o autor tenha optado, como lhe faculta o § 1º do art. 308, por expor o pedido de tutela cautelar simultaneamente ao principal, não havendo necessidade de reiterá-lo no prazo estabelecido no *caput*.

A tutela de urgência cautelar é, portanto, a situação na qual estão presentes o perigo na demora e a iminência de grave dano, e, segundo a classificação de Araken de Assis,⁶ faz-se necessária a presença de cinco características: “(a) situação cautelanda; (b) perigo de dano iminente; (c) temporariedade; (d) verossimilhança; (e) força mandamental da pretensão”. Entende-se, portanto, que estará legitimado o autor a requerer a tutela cautelar para assegurar um direito quando estiver apto a comprovar em juízo seu interesse legítimo efetivamente ameaçado, cujo tempo da demanda prejudicará substancialmente, podendo gerar danos irreversíveis ou de difícil reversibilidade, demonstrando, outrossim, a probabilidade do direito invocado.

Será este o caminho do contribuinte no limbo processual tributário?

3.1.2 Tutela de urgência antecipada

A tutela de urgência antecipada, por sua vez, tem natureza jurídica mandamental. Nela o autor pretende que o poder judiciário ordene a prática de atos pleiteados nas ações de conhecimento declaratórias, constitutivas ou condenatórias, obtendo os efeitos da pretensão deduzida em juízo, isto é, os efeitos que teriam a própria sentença definitiva. É importante destacar que a referida tutela não se confunde com o julgamento antecipado do mérito, disposto no art. 355⁷ e seguintes do NCPC, uma vez que neste caso o que ocorre é o efetivo julgamento do pleito por meio de sentença e, na tutela antecipatória, se dá apenas a antecipação dos resultados da decisão de mérito provisoriamente por meio de uma decisão interlocutória.

Se o juiz entender pelo não atendimento dos requisitos para concessão da tutela, o autor será intimado para aditar a inicial no prazo de 5 dias, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito. Todavia, se atendidos os

6 ASSIS, Araken de. *Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

7 “Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I – não houver necessidade de produção de outras provas; II – o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349.”

requisitos, o juiz intimará o autor para que promova o aditamento da inicial, nos termos do art. 303, decisão em que poderá determinar a complementação da causa de pedir, a confirmação do pedido de tutela antecipada ou a juntada de novos documentos, a fim de auxiliar em sua cognição, no prazo de 15 dias ou mais, caso entenda necessário.

Nesse cenário, cabe ainda frisar que, quando a tutela satisfativa é deferida em caráter antecedente e o réu, litisconsorte ou assistente queda-se inerte a impugná-la, ocorre o fenômeno denominado estabilização da tutela antecipada, em razão da extinção do processo sem resolução do mérito e permanência dos efeitos requeridos pelo autor até que a parte contrária ajuíze uma ação visando revisar, reformar ou invalidar a tutela concedida. O NCPC dispõe expressamente que não há formação de coisa julgada em tal hipótese, mas o fato é que, em casos assim, a tutela permanecerá vigente até que seja efetivamente reformada por decisão judicial posterior.

3.2 Tutela de evidência

Por fim, nos resta tecer alguns comentários acerca das peculiaridades da tutela de evidência. Ao contrário do que ocorre com as tutelas de urgência, para requerimento da tutela de evidência não é preciso demonstrar o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, mas mostra-se imprescindível a demonstração de evidência do direito. Da mesma forma, não se permite o requerimento em caráter antecedente, mas na forma incidental, podendo ser formulada em petição avulsa ou na própria petição inicial.

Coube ao art. 311 no NCPC fixar as hipóteses de cabimento da tutela de evidência:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

- I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
- II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental-mente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
- III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Note-se que o inciso II traz por requisito não apenas a capacidade de a parte comprovar seu direito documentalmente, mas acrescenta, ainda, a necessidade de se demonstrar, outrossim, que a matéria debatida já foi objeto de julgamento favorável em casos repetitivos ou de súmula vinculante, o que não era exigido pelo revogado diploma legal quando se tratava de tutelas provisórias. Salienta-se, ainda, que não houve limitação aos precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF), deixando a novel legislação espaço para que sejam utilizados enunciados vinculantes dos tribunais de justiça ou tribunais regionais federais, com fulcro nos art. 332, inciso IV,⁸ e 927, inciso V,⁹ do NCPC.

A despeito de tais peculiaridades, o exame do art. 311 nos mostra, ao final, que apesar de parecer um novo instrumento de tutela, seus fundamentos já eram percebidos no CPC/73, quer seja no rito do mandado de segurança, cuja concessão da liminar exige a presença de direito líquido e certo e prova documental inequívoca, quer seja na possibilidade de concessão de tutela antecipada quando configurado abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, nos termos do art. 263, inciso II.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas as considerações necessárias acerca das tutelas provisórias, deve ser respondida, então, a questão que dá origem ao presente artigo. Afinal, há ou não há base legal para a antecipação de garantia no NCPC?

Certamente há, e não poderia ser diferente, afinal, buscou o legislador no novo diploma legal sistematizar o que já existia no CPC/73, aperfeiçoando sua concessão e buscando maior efetividade da prestação jurisdicional pela consolidação e pela unificação jurisprudencial, e não restrição de direitos já garantidos aos jurisdicionados. O fato é que os fundamentos em que se apoiavam os contribuintes

8 “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: [...] IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.”

9 “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

para pleitear a medida acautelatória em debate sob a égide do CPC/73 continuam existindo: (i) fundado receio de dano; (ii) possibilidade de oferecimento de caução pela parte interessada; (iii) equiparação da caução oferecida pelo contribuinte à penhora antecipada que viabiliza a emissão de certidão de regularidade fiscal, nos termos do art. 206 do CTN; e (iv) necessidade de se tratar de forma isonômica os contribuintes, quer tenham eles débitos ajuizados ou não.

Mas qual seria então, dentro desse novo contexto, a medida adequada ao contribuinte para a antecipação da garantia a ser ofertada em futura execução fiscal? Parece-nos, com base no quanto analisado até o momento e tomando em conta também o histórico jurisprudencial da matéria, que a tutela cautelar antecedente é a medida mais adequada ao propósito em debate, devendo ser requerida com fulcro nas disposições do art. 300, § 2º, para que seja concedida liminarmente.

Para alcançar tal conclusão, analisamos, inicialmente, o fundamento invocado para autorizar a concessão da tutela provisória requerida. No caso do contribuinte em limbo processual tributário, o que se pretende é apenas garantir os débitos inscritos em dívida ativa para que não obstem a emissão de CPEN, enquanto não ajuizada a respectiva ação de execução fiscal. Busca-se, portanto, tutela de natureza acautelatória, capaz de assegurar ao jurisdicionado seu direito, antecipando-se os efeitos que seriam obtidos com a penhora no executivo fiscal, ainda não materializado.

Ressalte-se que, não obstante a requisição de forma antecedente, já que não há pedido principal formulado para se requerer a tutela de modo incidental, o NCPC faculta ao autor a possibilidade de formular o pedido principal conjuntamente com o de tutela cautelar, afastando a necessidade de aditamento ou complementação da petição inicial. De todo modo, ainda que entenda o leitor pelo cabimento da tutela de urgência antecipada e não cautelar, dada a sutileza da diferença entre uma e outra, nenhum prejuízo experimentará o autor, em razão da fungibilidade expressa prevista no parágrafo único do art. 305.

Portanto, já concluindo este breve estudo, parece-nos que permanece o contribuinte amparado, agora pelas disposições do NCPC, para pleitear a antecipação da garantia de seus débitos, de forma a assegurar a emissão da certidão de regularidade fiscal e o conseqüente exercício regular de suas atividades empresariais.

A REMESSA NECESSÁRIA NO NCPC E OS EFEITOS NO PROCESSO TRIBUTÁRIO

Morvan Meirelles

1. INTRODUÇÃO

O reexame necessário do direito processual brasileiro tem raízes históricas no direito penal português da era medieval, então instituído por intermédio de lei de 1355. Entre nós, surgiu no período imperial, inicialmente previsto no art. 90 da Lei de 4 de outubro de 1831 (sem número), sob a denominação “apelação *ex-officio*”, estando presente desde então em nossas codificações processuais, marcadamente na de 1939, também sob a denominação “apelação *ex-officio*” (art. 822 do Decreto-Lei n. 1.608), e na de 1973 (art. 475 da Lei n. 5.869). A justificativa para a existência do instituto, desde sua previsão inicial em nosso ordenamento jurídico, sempre se calçou nas supostas fragilidade e desorganização dos órgãos incumbidos de defender em juízo os entes públicos, servindo, portanto, de instrumento de garantia do interesse coletivo.

Quando da elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), superada a discussão quanto à sua natureza jurídica,¹ diversos doutrinadores, dentre eles Alfredo Buzaid e Ada Pellegrino Grinover, entenderam pela necessária abolição do instituto de nossa codificação processual, apontando

1 Já na época, como hoje, a doutrina entendia em uníssono que o reexame necessário, ou “remessa necessária”, não tem natureza de recurso, mas de mera condição de eficácia da sentença proferida contra a Fazenda Pública.

ser este desnecessário e inútil, uma vez que não seria papel do judiciário corrigir prováveis deficiências dos representantes da Fazenda Pública em juízo e que a desídia desses agentes deveria ser impedida e controlada mediante outros mecanismos mais eficazes,² ou até mesmo inconstitucional, uma vez que, ao condicionar a eficácia de uma sentença à posição de um dos partícipes do processo, se estaria ferindo gravemente o princípio da isonomia processual.³

Nesse particular, saliente-se que atualmente as críticas ao instituto têm como raiz o mesmo questionamento quanto a sua necessidade e sua utilidade, entretanto sob o enfoque de que aqueles órgãos de defesa judicial de entes públicos já se encontram bem organizados, aparelhados com profissionais altamente qualificados e preparados para o exercício, a contento, de sua defesa em juízo. Destaque-se, ainda, a justificada dúvida quanto à efetividade da mera reapreciação, pela segunda instância, de matéria objeto de sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição sem peça argumentativa que indique as razões para sua alteração. E, nessa perspectiva, o prolongamento do processo pode dirigir-se contra os anseios da sociedade, em vista da esperada celeridade na solução das demandas sujeitas à apreciação do poder judiciário.

Em função do peso da atuação daqueles entes públicos em juízo, essas críticas ao instituto ecoam com mais intensidade nos dias de hoje. Com efeito, segundo Rogério Mollica,⁴ “o Poder Público é o responsável por grande parte das ações que tramitam hoje no Judiciário”, respondendo por mais de 70% dos casos em tramitação nos tribunais superiores. Nessa seara, inobstante e ainda assim incluído no NCPC sob a denominação “remessa necessária” (art. 496), o instituto sofreu maiores limitações, sendo oportuna sua análise à luz do processo tributário.

2. A REMESSA NECESSÁRIA NO NCPC

Na remessa necessária, observadas as restrições previstas em lei, sujeitam-se as decisões de mérito proferidas contra a União, os estados, o Distrito Federal, os

2 BUZAID, Alfredo. *Da apelação “ex officio” no sistema do Código do Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1951.

3 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

4 MOLLICA, Rogério. A remessa necessária e o Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Juspodivm, 2016. p. 101.

municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público, bem como aquelas que julgarem procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal, a reexame compulsório pelo tribunal *ad quem*, ainda que não tempestiva e voluntariamente impugnadas pelo representante em juízo daqueles entes públicos.

Com o advento do NCPC, destacam-se como inovações do instituto as limitações à sua aplicação, as quais podem ser quantitativas, elencadas nos incisos I a III do § 3º do art. 496, e qualitativas, conforme os incisos I a IV do § 4º. Nesse sentido, em relação às primeiras, não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças em que a Fazenda Pública for condenada ou que representem proveito econômico obtido na causa em valor certo e líquido inferior a 1.000 salários-mínimos para a União Federal e suas respectivas autarquias e fundações, 500 salários-mínimos para os estados, o Distrito Federal e os municípios capitais de estados, e 100 salários mínimos para os demais municípios e suas respectivas autarquias e fundações.⁵ Quanto às segundas, não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças fundadas em súmula de tribunal superior, acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, ou entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

É interessante notar que o legislador procurou adequar os limites quantitativos de aplicação do instituto às supostas restrições organizativas e estruturais próprias da representação judicial de cada ente público considerado, conforme sua capacidade econômica. Entretanto, como bem ressalvado por Rogério Mollica,⁶ como todo critério objetivo, este

não vai ser sempre justo, pois existem municípios que não são capitais de Estados que possuem população, estrutura e arrecadação muito superior a capitais ou mesmo Estados. Vejam-se os casos dos municípios Paulistas

5 Desde março de 2002, com a entrada em vigor do art. 1º da Lei n. 10.352/2001, o citado art. 475 do CPC/73 passou a vigorar com uma limitação quantitativa em mesmos moldes, entretanto em valor muito menor e uniformemente considerada, equivalente a 60 salários-mínimos vigentes.

6 MOLLICA, Rogério. A remessa necessária e o Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Juspodivm, 2016. p. 104.

de Guarulhos e Campinas, que possuem população superior a um milhão de habitantes, população essa superior a de Estados como Acre, Amapá e Roraima.

Saliente-se, outrossim, que o próprio aumento dos valores de alçada para fins de aplicação do instituto acaba por corroborar o argumento em prol de sua inutilidade, especialmente à luz da atual realidade processual brasileira.

Com efeito, a título de exemplo, não parece crível que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) possa se abster de interpor recurso voluntário em causa que sujeite a Fazenda Pública a condenação superior a 1.000 salários-mínimos. Mais que isso, no âmbito do processo tributário, especificamente para as execuções fiscais movidas pela União Federal por intermédio daquela mesma PGFN, com o advento do art. 20 da Portaria PGFN n. 396/2016,⁷ é difícil imaginar que o procurador responsável, concentrando esforços em ações executivas que representem créditos fiscais de mais de R\$ 1 milhão, possa se furtar de interpor recurso contra os embargos à execução que infirmam a certeza e/ou a iliquidez daqueles títulos, uma vez que julgados procedentes.

Por outro lado, é digna de nota a sensibilidade do legislador em estender as hipóteses de limitação qualitativa de aplicação do instituto, em homenagem ao princípio da economia processual e em preocupação, ainda que paradoxal, à célere resolução das demandas sujeitas à apreciação do poder judiciário. Nesse passo, cite-se especialmente as sentenças proferidas com fulcro em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público. Novamente fazendo um paralelo com o processo tributário, realmente não faria sentido um procurador estar dispensado de recorrer a uma tese

7 “Art. 20. Serão suspensas, nos termos do art. 40, caput, da Lei n° 6.830, de 1980, as execuções fiscais cujo valor consolidado seja igual ou inferior a um milhão de reais, desde que não conste nos autos garantia útil à satisfação, integral ou parcial, do crédito executado. § 1° Entende-se por garantia inútil aquela de difícil alienação, sem valor comercial ou irrisória. § 2° O Procurador da Fazenda Nacional não requererá a suspensão de que trata o caput enquanto pendente causa de suspensão da exigibilidade do crédito, julgamento de exceção de pré-executividade, embargos ou outra ação ou recurso que infirme a certeza e liquidez do crédito e obste o prosseguimento, ainda que provisório, da cobrança judicial. § 3° O disposto neste artigo não se aplica às execuções movidas contra pessoas jurídicas de direito público, às execuções movidas para cobrança da Dívida Ativa do FGTS, bem como às execuções nas quais constem, nos autos, informações de falência ou recuperação judicial da pessoa jurídica devedora.”

tributária e, ainda assim, os autos serem remetidos ao tribunal *ad quem* para a repreciação de matéria que a própria Fazenda Pública reconhece como sucumbente.

Ressalte-se, por fim, que a teor de jurisprudência pacífica do STJ em análise de limitação quantitativa à aplicação do instituto, conforme imposta pelo art. 1º da Lei n. 10.352/2001,⁸ bem como em função da redação do art. 14 da Lei n. 12.016/2009,⁹ essas limitações não se aplicariam ao reexame necessário de sentenças proferidas em mandado de segurança.¹⁰

8 “Art. 1º Os artigos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que instituiu o Código de Processo Civil, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações: ‘Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). § 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente’ (NR) [...].”

9 “Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação. § 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição. § 2º Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer. § 3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar. § 4º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.”

10 A não aplicação das limitações ao Mandado de Segurança é alvo de crítica por parte de Leonardo José Carneiro da Cunha: “Muito embora prevaleça no STJ o entendimento contrário, parece mais adequado entender que as hipóteses de dispensa de remessa necessária também se aplicam ao mandado de segurança, com a ressalva das situações previstas no § 3º do art. 496 do CPC para os casos em que não há sentença líquida ou não se tem como aferir o valor do direito discutido. Se, numa demanda submetida ao procedimento comum, não há remessa necessária naquelas hipóteses, por que haveria num mandado de segurança? Ora, sabe-se que a única diferença entre uma demanda de rito comum e o mandado de segurança está na restrição probatória deste último, que se revela cabível apenas quando os fatos estiverem provados por documentos, de forma pré-constituída. Para que se mantenha unidade no sistema, é preciso, então, que se entenda que aquelas hipóteses de dispensa de reexame necessário alcancem também a sentença proferida no mandado de segurança. Não atende ao princípio da razoabilidade deixar de estender as

3. QUESTÕES ENVOLVENDO A REDAÇÃO DO ART. 496 DO NCPD

Antes de representar crítica vazia à técnica legislativa no Brasil, cabe investigar as dificuldades advindas da redação do citado dispositivo de lei.

Como primeiro destaque, atente-se para a redação do § 1º do art. 496 do NCPD. Inspirado no § 1º do art. 475 do CPC/73, o novo dispositivo determina que caberá ao juiz ordenar a remessa dos autos ao tribunal somente quando não for interposta apelação.¹¹ Ocorre que o procurador poderá optar por apelar de um só capítulo da sentença, sendo que, em contraponto, a teor da Súmula 325 do STJ, “a remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parceladas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado”.

Nesse sentido, de modo a evitar preclusão de ponto da sentença que não seja objeto de recurso voluntário, caberá ao procurador responsável, observados os limites quantitativos e qualitativos estabelecidos no próprio artigo de lei, simplesmente valer-se do instituto da remessa necessária, confiando, portanto, no

hipóteses de dispensa do reexame necessário ao mandado de segurança. Demais disso, a previsão constitucional do mandado de segurança, ao fixar como requisito de sua admissibilidade o direito líquido e certo, pressupõe e exige um procedimento célere e expedido para o controle dos atos públicos. Dai por que se afina com a envergadura constitucional do mandado de segurança entender que os §§3º e 4º do art. 496 do CPC a eles se aplicam, de sorte que, naqueles casos, não há reexame necessário” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1262).

- 11 Apesar de não explicitamente delimitado, aqui entendida como apelação pela Fazenda Pública. Nesse sentido, cite-se Daniel Amorim Assumpção Neves: “Como o art. 496, §1º, do Novo CPC afirma apenas que a não interposição de apelação dentro do prazo leva à remessa necessária, sem especificar de qual das partes é a apelação não interposta, é possível concluir que, havendo sucumbência recíproca e sendo interposta apelação pela parte contrária à Fazenda Pública, não haverá reexame necessário. E se a parcela da sucumbência da Fazenda Pública puder ser tipificada numa das hipóteses dos incisos do art. 496? Com considerável boa vontade pode-se interpretar que a apelação mencionada no dispositivo legal é da Fazenda Pública, só havendo reexame necessário na hipótese de ela não interpor o recurso. Contudo, ainda assim o dispositivo é problemático porque historicamente a apelação da Fazenda Pública nunca impediu o reexame necessário por duas razões: o recurso pode ser parcial, enquanto o reexame necessário é sempre total, e o recurso pode não ser admitido por vício formal, enquanto o reexame não corre esse risco, sendo sempre julgado pelo tribunal de segundo grau” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.015/2015*. São Paulo: Método, 2015. p. 523-524).

necessário reexame de toda a matéria pelo tribunal *ad quem*, ou, optando por apresentar apelação, preocupar-se em elaborar recurso amplo, abarcando todos os capítulos da sentença que entender passíveis de alteração.

Outra situação interessante é o caso de apelação apresentada pelo procurador que não é conhecida pelo tribunal por falta de cumprimento dos pressupostos de admissibilidade recursal. Nessa hipótese, ainda que o não cumprimento tenha se dado por pressupostos intrínsecos,¹² para fins de remessa necessária estaríamos diante de uma situação equivalente à não interposição, tendo em vista ser do interesse da sociedade, ao menos na visão do legislador, que aquela sentença contrária à Fazenda Pública, uma vez superados os limites impostos pelos §§ 3º e 4º do citado art. 496, seja reapreciada pela segunda instância.

Por seu turno, compondo a estratégia processual a ser adotada pelo procurador em cada caso, cabe a este também mensurar a oportunidade de interposição de apelação tendo em vista o previsto no § 11 do art. 85 do NCPC. Isso porque, conforme esse dispositivo, “o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal”.¹³ Entretanto, a doutrina é uníssona em considerar o reexame necessário mera condição de eficácia da sentença proferida contra a Fazenda Pública, portanto não tendo natureza de recurso.

Assim, caso o processo seja remetido à segunda instância somente para julgamento de reexame necessário, não se vislumbra a possibilidade de aumento dos honorários então definidos em sentença sujeita ao obrigatório duplo grau de jurisdição, seja pela interpretação literal daquele comando normativo, seja pela impossibilidade de reforma daquela de modo a piorar a condenação a que a Fazenda Pública já está sujeita.¹⁴ Nessa perspectiva, além dos já explorados limites quantitativos e qualitativos à aplicação do instituto da remessa necessária, bem como

12 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.

13 “Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. [...] § 11 O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.”

14 Súmula n. 45 do STJ: “No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública”.

em função do risco de preclusão em caso de recurso voluntário parcial, caberá ao representante em juízo do ente público considerar a oportunidade de interposição de apelação também sob a dimensão da possibilidade de agravamento da condenação da Fazenda Pública.

Por fim, como bem alertado por Rogério Mollica,¹⁵

não sendo caso de dispensa e sendo certo que o processo deverá ser submetido ao Reexame Necessário, é possível que o juiz leve tal obrigatoriedade em conta na fixação dos honorários advocatícios e não os fixe na alíquota mínima de cada faixa de honorários, já que se sabe de antemão que o processo não poderá se encerrar em primeira instância.

4. A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE JULGADA PROCEDENTE EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL E A REMESSA NECESSÁRIA

Nos termos do art. 3º da Lei n. 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais – LEF), em reprodução ao que dispõe o art. 204 do Código Tributário Nacional (CTN), “a dívida ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez”. Em outras palavras, quis o legislador garantir que o débito de natureza tributária, uma vez inscrito em dívida ativa, pressupõe: (i) quanto à sua certeza, existência regular com origem, desenvolvimento e perfazimento conhecidos, natureza determinada e fundamento legal indubitado; e (ii) quanto à sua liquidez, que o título executivo ostenta elementos que permitam, a qualquer tempo, o cálculo do montante integral do débito, incluindo principal, juros, multa e demais encargos.

Destarte, nos termos do parágrafo único do mesmo art. 3º da LEF e/ou do art. 204 do CTN, a presunção de liquidez e certeza da dívida ativa é “relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite”. No ensinamento de José Jayme de Macêdo Oliveira,¹⁶

15 MOLLICA, Rogério. A remessa necessária e o Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Juspodivm, 2016. p. 107.

16 OLIVEIRA, José Jayme Macêdo. *Código Tributário Nacional: comentários, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 574.

A inscrição outorga à dívida ativa o privilégio de constituir prova pré-constituída, o que significa que a lei inverte o ônus da prova do processo judicial, onde a regra geral imperante é no sentido de que a prova sempre incumbe a quem alega o fato. Assim, no executivo fiscal, ao invés de o Estado provar que tem o direito a seu favor, cabe ao contribuinte, caso não concorde com a exigência, provar que não deve, que já pagou, ou que deve menos do que lhe é reclamado, sob pena de ser totalmente válida a cobrança.

Nesse cenário, caberia ao executado, uma vez invocando causas extintivas, impeditivas ou modificativas do direito encerrado no título executivo de natureza fiscal que deu ensejo à execução que lhe é movida pela Fazenda Pública competente, **apresentar defesa nos moldes do art. 16 da LEF**,¹⁷ isto é, embargos à execução fiscal, impondo-se como requisito a garantia do respectivo juízo.

Ocorre que, dentre as possíveis alegações do executado em sede de embargos à execução fiscal, há aquelas que, por representarem interesse geral da sociedade em vistas à preservação da ordem pública, podem ou devem ser conhecidas de ofício pelo juízo competente. Nessa seara, citamos todo e qualquer vício formal ou material do título executivo objeto da execução fiscal, os quais, uma vez inegavelmente identificados, eivam-no de nulidade. Para essas hipóteses, visando evitar a continuidade ou a efetiva perturbação da ordem pública, foi construída na doutrina uma modalidade de defesa em sede de execução pela qual o executado poderia, invocando justamente a nulidade ou anulabilidade do título ensejador de cobrança, arguir quanto às causas extintivas, impeditivas ou modificativas do direito nele encerrado sem a necessidade de garantia prévia do juízo. E, para essa modalidade de defesa, foi atribuída a denominação exceção de pré-executividade.

Após sua aceitação generalizada pela jurisprudência pátria, o STJ, no julgamento do Recurso Especial (REsp) n. 1.110.925/SP,¹⁸ representativo da controvérsia e submetido ao regime previsto no art. 543-C CPC/73, pacificou o entendimento segundo o qual, em sede de execução fiscal, a exceção de pré-executividade é cabível nas situações em que observados concomitantemente dois pressupostos, quais sejam: (i) a matéria suscitada é passível de conhecimento de ofício pelo juiz e (ii) não é necessária dilação probatória. Portanto, depreende-se que a decisão que

17 “Art. 16. O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias [...] § 1º Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução” (grifo nosso).

18 Min. Rel. Teori Albino Zavascki, julgamento em: 4 mar. 2009, DJ: 9 mar. 2009.

acolhe a exceção de pré-executividade, sendo meritória e não impugnada pela procuradoria competente, faz coisa julgada.

Sob esse prisma, se poderia indagar quanto à aplicação da remessa necessária nesses casos, ainda que a situação não esteja expressamente prevista no citado art. 496 do NCPC. A resposta é afirmativa, pois a decisão que dá provimento à exceção de pré-executividade, uma vez que lhe aprecie o **mérito, não só** tem natureza de sentença, sendo inclusive passível de apelação e, portanto, estando abarcada pelos ditames do inciso I daquele dispositivo de lei, como seus efeitos coincidem com aqueles próprios dos embargos à execução, fazendo-lhes as vezes na essência e, nesse caso, subsumindo-se à **hipótese** do inciso II daquele mesmo artigo do NCPC.

5. O JULGAMENTO PARCIAL E ANTECIPADO DE MÉRITO E A REMESSA NECESSÁRIA

Nos termos do art. 356 do NCPC:

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I – mostrar-se incontroverso;

II – estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

Aqui, parece evidente tratar-se de situação em que a causa é solucionada mediante cognição exauriente, portanto apta a fazer coisa julgada nos termos do art. 502 do NCPC, entretanto, instrumentalizada por decisão interlocutória. Isso porque os §§ 1º e 5º do citado art. 356 esclarecem a natureza jurídica dessa decisão na hipótese, haja vista tratá-la justamente como “decisão”,¹⁹ então sujeita à impugnação mediante agravo de instrumento.²⁰

Examinada a natureza da decisão proferida nos termos do art. 356, cabe investigar se essa, uma vez apta a fazer coisa julgada, estaria sujeita ao instituto da remessa necessária. É importante destacar, *a priori*, que o *caput* do art. 496 do NCPC refere-se unicamente à “sentença”, do que se pode concluir que o instituto

19 “Art. 356. [...] §1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.”

20 “Art. 356. [...] §5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.”

da remessa necessária não se aplicaria, portanto, aos casos de julgamento parcial e antecipado de mérito, nos termos do citado art. 356 da *novel legis* processual. Essa conclusão é corroborada por uma interpretação declarativa restritiva daquele, conforme já vinha sendo adotada pelo STJ²¹ em análise da remessa necessária ainda sob a égide do art. 475 do CPC/73, em corolário ao método lógico-racional de hermenêutica jurídica, justificada, nesse caso, pela excepcionalidade da prerrogativa em prol da Fazenda Pública.

Com mais razão, atente-se para o fato de que a decisão interlocutória de mérito do citado art. 356 do NCPC parece encerrar regime especial de eficácia, pois gozaria de “privilégios” comparativamente à própria sentença final, já que é desde logo eficaz,²² bem como “‘dispensa’ caução para a execução provisória”,²³ o que, pelo

21 “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. 1. “A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou já entendimento segundo o qual deve a parte vincular a interposição do recurso especial à violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, quando, mesmo após a oposição de embargos declaratórios, o tribunal a quo persiste em não decidir questões que lhe foram submetidas a julgamento, por força do princípio *tantum devolutum quantum appellatum* ou, ainda, quando persista desconhecendo obscuridade ou contradição arguidas como existentes no decisorium.” (AgRgREsp 353.697/SP, da minha Relatoria, in DJ 19/12/2002). 2. Em não tendo sido suscitada a matéria no recurso de apelação, não há falar em violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, por não haver omissão a ser suprida. 3. O duplo grau de jurisdição obrigatório, como na boa doutrina, não é recurso, tem estatuto processual próprio e em nada se relaciona com o recurso voluntário, daí por que não se lhe aplicam as normas referentes à apelação, limitando-se a transferir a reapreciação da matéria suscitada, discutida e decidida na sentença, ressalvadas as questões de ordem pública, de conhecimento e julgamento obrigatórios, mesmo que não tenham sido suscitadas, em virtude, é verdade, da remessa necessária, mas por não lhe ser estranho o efeito translativo, não comportando tais questões a preclusão. 4. As normas de reexame necessário, por óbvio, pela sua afinidade com o autoritarismo, são de direito estrito e devem ser interpretadas restritivamente, em obséquio dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, até porque, ao menor desaviso, submeter-se-á o processo a tempos sociais prescritivos ou, o que não é menos grave, a aprofundamentos intoleráveis de privilégios, denegatórios do direito à tutela jurisdicional. 5. Agravo regimental improvido” (STJ, Embargos de Declaração no AgRg no REsp n. 353.697, Min. Rel. Hamilton Carvalho, julgamento em: 3 fev. 2004, DJ: 16 fev. 2004).

22 Conforme anteriormente indicado, essa decisão interlocutória é impugnável por intermédio de Agravo de Instrumento, sendo que, nos termos do art. 995 do NCPC, este não tem efeito suspensivo automático, ao passo que, nos termos do art. 1.012 do NCPC, a apelação, meio pelo qual se impugna uma sentença, o tem.

23 TALAMINI, Eduardo. Reexame necessário: hipótese de cabimento no novo CPC/2015. 15 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235769,31047-Reexame+necessario+hipoteses+de+cabimento+no+CPC15>>. Acesso em: 25 out. 2018.

método sistemático ou orgânico de hermenêutica jurídica, embasaria, no contexto, a não aplicação da remessa necessária à espécie.²⁴

É importante destacar em tempo que, no caso específico do processo tributário, o objeto litigioso, via de regra, versa sobre questão cuja prova documental, exibida com a petição inicial, é suficiente para a certificação do fato constitutivo do direito deduzido pelo contribuinte, assim, a situação objeto do art. 356 é jurídica e materialmente provável. Com efeito, podemos imaginar inúmeros casos em que o juízo competente estará compelido a julgar parcial e antecipadamente tema incontroverso, conforme aduzido por irrefutável prova documental apresentada pelo contribuinte, não sendo lógico sujeitar-se essa decisão interlocutória ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

A título de exemplo, cite-se ação ajuizada pelo contribuinte mediante a qual se combata a constituição e a inscrição em dívida ativa de créditos tributários lançados por autoridade fiscal em seu nome, ficando comprovado que um desses créditos tributários já se encontra extinto, uma vez que devidamente pago. Nessa hipótese, seria possível imaginar que o procurador competente não ofereceria impugnação à decisão que venha a julgar procedente o pedido de anulação e cancelamento de inscrição daquele crédito já extinto, não sendo razoável, portanto, remetê-la ao tribunal para sua reapreciação.

6. TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE E REMESSA NECESSÁRIA

Nos termos do art. 304 do NCP, a decisão que conceda tutela antecipada antecedente pode estabilizar-se quando não for objeto de recurso. Nesse caso, nos

24 Contrapõe-se a esse entendimento Leonardo José Carneiro da Cunha, nos seguintes termos: “É possível que o juiz decida o mérito contra a Fazenda Pública por meio de uma decisão interlocutória. Com efeito, o juiz pode decidir parcialmente o mérito, numa das hipóteses previstas no art. 356. Tal pronunciamento, por não extinguir o processo, é uma decisão interlocutória, que pode já acarretar uma execução imediata, independentemente de caução (CPC, art. 356, §2º). Conquanto seja uma decisão interlocutória, há resolução parcial do mérito, apta a formar coisa julgada material. Mesmo não sendo sentença, estará sujeita à remessa necessária. Isso porque a remessa necessária relaciona-se com as decisões de mérito proferidas contra a Fazenda Pública; a coisa julgada material somente pode ser produzida se houver remessa necessária. Se houve decisão de mérito contra o Poder Público, é preciso que haja o seu reexame pelo tribunal respectivo; é preciso, enfim, que haja remessa necessária. Significa então, que há remessa necessária de sentença, bem como da decisão interlocutória que resolve parcialmente o mérito” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1256-1257).

termos do § 6º do mesmo comando normativo, essa decisão não fará coisa julgada, mas produzirá efeitos por tempo indeterminado.

Aqui, da mesma forma discutida quanto ao julgamento antecipado ou parcial de mérito do art. 356 do NCPC, se poderia indagar se essa decisão que deferiu a tutela antecipada se submeteria à remessa necessária, uma vez que não impugnada. Aplicando-se o mesmo método interpretativo restritivo alhures, se concluiria pela negativa de aplicação do instituto nesse caso.

Nesse ponto, reitera-se o argumento utilizado pelo STJ desde 2004, quando a remessa necessária ainda era regulada pelo art. 475 do CPC/73, qual seja: “as normas de reexame necessário, pela sua afinidade com o autoritarismo, são de direito estrito e devem ser interpretadas restritivamente”. Isso significa que, quando o legislador se utilizou da expressão “sentença” no *caput* do art. 496 do NCPC, dentre os atos que compõem o curso regular de um processo, quis restringir a aplicação do instituto unicamente a esse momento.

A corroborar essa conclusão, repise-se que a doutrina e a jurisprudência, em uníssono, entendem que a remessa necessária tem natureza de mera condição de eficácia de sentença proferida contra a Fazenda Pública. Ou seja, sua função é garantir o reexame, por parte da segunda instância, da matéria objeto de decisão de mérito da primeira, tendo como efeito imediato protelar a formação de coisa julgada.

Ora, se uma decisão interlocutória não tem o condão de fazer coisa julgada, como é o caso daquela que defira pedido de antecipação de tutela em regime antecedente, com mais razão não se pode imaginar razoável submetê-la a um duplo grau de jurisdição obrigatório. Isso porque, nesse caso, não se tem solução do conflito mediante cognição exauriente, mas tão somente a estabilização de resultados práticos, portanto ainda passíveis de revisão.

Outrossim, em complementação a esse raciocínio e valendo-se do método sistemático ou orgânico de hermenêutica jurídica, há de se ponderar que de um ponto de vista topográfico o art. 496 foi não sem razão inserido na nova codificação processual na terceira seção do capítulo XIII, “Da sentença e coisa julgada”, logo após a seção que trata “Dos elementos e dos efeitos da sentença”.

Por fim, especificamente no caso do processo tributário, em enfoque meramente prático e corroborando os argumentos anteriores em prol da inaplicabilidade da remessa necessária na hipótese, podemos imaginar a situação em que um contribuinte com dificuldades de obtenção imediata de documentação capaz de instruir petição inicial pretenda requerer o reconhecimento da inexigibilidade de créditos tributários, de modo que esses não sejam objeto de execução fiscal,

bem como não sejam óbice à renovação de certidão de regularidade fiscal nem impliquem na sua inscrição em cadastro de inadimplentes pela autoridade fazendária competente, uma vez que o auto de infração pelo qual foram lançados e finalmente constituídos esteja, a toda evidência, eivado de nulidade. Pelas próprias natureza e urgência de tal situação, não parece sustentável condicionar-se a eficácia da decisão que defira pedido nesse sentido à apreciação da matéria pelo tribunal *ad quem*.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito de críticas ao instituto por parte dos doutrinadores, a remessa necessária foi mantida no NCPC. Entretanto, andou bem o legislador em ao menos limitar sua aplicação conforme novos critérios quantitativos e qualitativos, em ambos os casos mais extensos frente àqueles previstos no artigo que a regulava no CPC/73.

Por oportuno, destaque-se que a redação do art. 496 pode ser objeto de futuros debates doutrinários e até jurisprudenciais, seja por omissão, seja por interpretações dissonantes quanto ao alcance das expressões ali empregadas.

Ainda assim, por tratar-se de evidente mecanismo de exceção, bem como em respaldo de posicionamento consolidado de tribunais superiores, pode-se afirmar que o instituto deva ser aplicado da forma mais restritiva possível, de modo a evitar conferir-se aos entes públicos privilégio processual injustificado.

A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E A AÇÃO RESCISÓRIA PREVISTA NOS ART. 525, § 15, E 535, § 8º, DO NCPC

Sonia Maria Giannini Marques Döbler

Sílvia Marisa Taira Ohmura

1. INTRODUÇÃO

O contribuinte busca o amparo do poder judiciário para que seja reconhecido o seu direito, mediante a garantia constitucional de que a lei não retroagirá para violar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988). Porém, há situações em que decisões transitadas em julgado acabam contemplando uma série de vícios que, posteriormente, são objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de controle concentrado ou difuso.

Esse tema há muito tempo é motivo de preocupação na doutrina e na jurisprudência e, recentemente, notamos que o Novo Código de Processo Civil (NCPC) inova ao possibilitar o ajuizamento de ação rescisória estabelecendo como *dies a quo* a data do trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF. Há nítido propósito do legislador ordinário de positivizar tema debatido na doutrina e na jurisprudência com o fito de balizar situações em desconformidade com os preceitos constitucionais.

2. BREVE REFLEXÃO SOBRE A COISA JULGADA

O instituto da coisa julgada sempre foi alvo de discussão no âmbito jurídico. Com o advento do NCPC, o legislador readequou o conceito de coisa julgada para dissociá-la da ideia de “eficácia” que torna imutável a sentença.

A coisa julgada consiste na autoridade agregada à decisão não mais sujeita à interposição de recurso, o que a torna imutável, não importando se houve ou não a análise de mérito. Em regra, a decisão que não pode ser mais modificada pela via recursal é amparada pela coisa julgada.

Pelo novo diploma legal, foram inseridas três alterações técnicas na acepção da coisa julgada: (i) deixa de ser definida pela *eficácia* atribuída à decisão e passa a ser reconhecida pela autoridade conferida aos pronunciamentos judiciais, em virtude de sua imutabilidade; (ii) é limitada à impossibilidade de interposição de quaisquer recursos; e (iii) abrange as decisões de mérito, abarcando, além da sentença, acórdão, decisões monocráticas dos tribunais, decisões interlocutórias que julgam parcialmente o mérito, dentre outras.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), a coisa julgada tinha força de lei nos limites do pedido, porém com o advento dos art. 322, § 2º, e 489, incisos III, § 1º, e V do NCPC, a decisão passa a revolver **questões principais** submetidas pelas partes, abrangendo o **conjunto de postulação** e os **fundamentos determinantes** dos precedentes que embasam a resolução da demanda e, em conjunto com os princípios da boa-fé e do contraditório, compõem a coisa julgada ampliando os seus limites objetivos. Assim, a coisa julgada passa a ter força de lei nos limites das **questões principais** questionadas em juízo.

O NCPC trouxe, ainda, a ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada, que antes não podia prejudicar ou beneficiar terceiros. Agora, pode beneficiar terceiros sem, contudo, prejudicá-los, demonstrando que o legislador ordinário apenas positivou os limites da coisa julgada, em consonância com os debates na doutrina e na jurisprudência, com o intuito de harmonizá-los com as lacunas e as deficiências contidas na legislação processual.

Embora os motivos e a verdade dos fatos não façam coisa julgada, vale observar que os precedentes utilizados para resolução da demanda compõem a fundamentação jurídica da decisão e, nesse aspecto, vinculam a normatividade da coisa julgada. A força normativa do precedente e da coisa julgada está diretamente ligada à matéria em discussão e ao contraditório, causando impactos nas demandas com o mesmo questionamento.

A coisa julgada reflete, portanto, o corolário do princípio da segurança jurídica prevista nos direitos e nas garantias fundamentais do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, já que tem força de lei entre as partes e não poderá ser objeto de questionamento, salvo em casos excepcionais previstos no NCPC, dentre eles a ação rescisória, que será comentada adiante. A lei declarada inconstitucional não altera de forma imediata a coisa julgada e, da mesma forma, a mudança de

jurisprudência não opera efeitos imediatos sobre a coisa julgada inconstitucional. É o que passaremos a analisar.

3. A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Em nosso ordenamento jurídico, com a valorização da segurança jurídica, poucos discutiam o problema da inconstitucionalidade da coisa julgada, por incompatibilidade com os ideais de certeza e de segurança primados do Estado Democrático de Direito. Para a pacificação dos litígios, foi necessário dar ao provimento jurisdicional uma condição de estabilidade e definitividade, evitando-se a perpetuação dos litígios entre as mesmas partes sobre as mesmas divergências.

A expressão *coisa julgada inconstitucional* é criticada em nosso ordenamento jurídico por diversos doutrinadores. Partimos da premissa de que ela surge quando a decisão transitada em julgado determinar a aplicação de norma eivada de inconstitucionalidade de acordo com o pronunciamento do STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ou Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Do ponto de vista processual, identificamos mecanismos definidos para sua correção. A discussão crucial exsurge quando já ultrapassados todos os meios de recursos possíveis e a decisão judicial sob o manto da coisa julgada afronta a Constituição Federal.

Os problemas advindos da *coisa julgada inconstitucional* são temas relevantes discutidos na doutrina e na jurisprudência, especialmente os casos que tratam de matéria tributária. O contribuinte questiona a inconstitucionalidade de um tributo, pela via do controle difuso, e obtém pronunciamento favorável do judiciário que, por sua vez, faz coisa julgada. Posteriormente, em sede de controle concentrado, o STF declara a constitucionalidade desse tributo.

A controvérsia gira, portanto, em torno de casos em que há superveniência do pronunciamento do STF para tratar da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma tributária de forma contrária à decisão obtida individualmente pelo contribuinte e acobertada pela *res indicata*. Diante desse cenário, a decisão do STF deve repercutir ao caso do contribuinte ou deve prevalecer a autoridade da coisa julgada na ação individual? Seria possível novo questionamento na via judiciária para a desconstituição ou anulação da coisa julgada após o transcurso do prazo para rescisão do julgado previsto no art. 966 do NCPC?

A coisa julgada inconstitucional é válida e gera efeitos enquanto não for rescindida ou revista por outra decisão do judiciário. Tanto é assim que o art. 966 do NCPC permite a rescisão de decisão que “violou manifestamente norma jurídica”.

Esse entendimento também foi reforçado nos chamados “embargos rescisórios” previstos no art. 535, inciso III, §§ 5º e 7º, do NCPC.

Em linha com os precedentes atuais, a mudança de jurisprudência só afeta a executabilidade do título ou a exigibilidade da obrigação **antes** da formação da coisa julgada, por se tratar de *error in procedendo* na aplicação da legislação processual por parte de decisão inconstitucional em afronta aos art. 489 e 927 do NCPC. Nesse ponto, vale a pena destacar o entendimento do STF, que, em sede de repercussão geral, analisou a questão relativa à eficácia temporal de decisão transitada em julgado fundada em norma supervenientemente declarada inconstitucional.

4. OS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF – REPERCUSSÃO GERAL NO RE N. 730.462/SP

O STF, em sede de repercussão geral, julgou no dia 28 de maio de 2015 o Recurso Extraordinário (RE) n. 730.462/SP (Relator Ministro Teori Zavascki, acórdão publicado em 9 de setembro de 2015), que analisou a questão relativa à eficácia temporal de decisão transitada em julgado fundada em norma supervenientemente declarada inconstitucional em sede de controle concentrado. De acordo com a suprema corte, a decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz reflexos automáticos para a reforma ou rescisões de decisões divergentes anteriores, sendo imprescindível a utilização de recursos próprios e/ou o ajuizamento de ação rescisória, observando os prazos previstos em lei.

A decisão que julga a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma norma no âmbito do controle concentrado reconhece apenas a sua validade ou nulidade,

como regra, tem o condão de produzir efeitos para todos (*erga omnes*), alcançando os atos pretéritos eivados de vício de nulidade (*ex tunc*). Não significa dizer, contudo, que a retroatividade possa alcançar, inclusive, as decisões judiciais transitadas em julgado, sob pena de propiciar insegurança nas relações sociais e jurídicas. (RE n. 730.462 RG/SP)

O julgado ressalva a necessidade de distinguir duas espécies de eficácia – a normativa e a executiva – pelos impactos causados nas situações concretas:

- i. **Eficácia normativa:** a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade opera efeitos *ex tunc*, pois o juízo de validade ou nulidade está relacionado ao próprio nascimento da norma questionada.

- ii. **Eficácia executiva:** o efeito vinculante está atrelado à sentença que a examina, motivo pelo qual o seu termo inicial é a data da publicação do acórdão do STF no Diário Oficial e, portanto, seus efeitos não afetam os atos pretéritos.

Portanto, o efeito executivo da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de decisão proferida pelo STF não atinge atos ou decisões anteriores, ainda que consideradas inconstitucionais. De acordo com o Ministro Teori Zavascki, há espécie de

modulação temporal *ope legis* dessas decisões, que ocorre não apenas em relação a sentenças anteriores revestidas por trânsito em julgado há mais de dois anos, mas também em [relação] às demais situações em que o próprio ordenamento jurídico impede ou impõe restrições e revisão, qualquer que seja o motivo, de atos jurídicos ou sentenças já definitivamente consolidadas no passado. (RE n. 730.462 RG/SP)

Assim, diante do posicionamento da suprema corte, se o contribuinte propôs medida judicial para questionar dado tributo e obteve decisão final desfavorável em relação à constitucionalidade da norma que determinou a exigência do tributo, ultrapassados dois anos para o ajuizamento de ação rescisória, não será possível a desconstituição/desfazimento da coisa julgada se houver decisão superveniente a seu favor. Porém, com o advento do NCPC, passamos conviver com dois regimes rescisórios: (i) **comum** (art. 966), previsto para rescisão de decisões não executivas (eminentemente declaratórias); e (ii) **especial** (art. 525 e 535), previstos para rescisão de decisões com caráter de título executivo.

O regime rescisório especial foi subdividido em duas situações, observando: (i) a mudança jurisprudencial **anterior** à formação da coisa julgada rescindenda/exequenda (art. 525, §§ 12 e 14, e 535, §§ 5º e 7º, do NCPC); e (ii) a mudança jurisprudencial **posterior** à formação da coisa julgada rescindenda/exequenda (art. 525, § 15, e 535, § 8º, do NCPC), com termo inicial contado a partir do trânsito em julgado do seu paradigma.

Percebe-se nitidamente a intenção do legislador ordinário em dar um novo contorno ao ordenamento jurídico e positivar tema debatido há muito tempo na doutrina e na jurisprudência, com o intuito de diminuir os riscos e os prejuízos decorrentes da **coisa julgada inconstitucional**. Em contrapartida, enfatiza-se a discussão em torno da **relativização** da coisa julgada, que pode dar ensejo à perpetuação de discussões judiciais em manifesta afronta ao princípio constitucional da segurança jurídica.

5. A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Tema merecedor de reflexão e que tem gerado muitos debates doutrinários é a relativização da coisa julgada em contraposição ao princípio da segurança jurídica. Esses debates devem se intensificar ainda mais com as alterações advindas do NCPC.

O princípio da relativização da coisa julgada parte do pressuposto de que nenhum preceito constitucional é absoluto, sendo que os valores constitucionais devem ser analisados de forma harmoniosa e, se confrontados entre si, deve prevalecer aquele mais adequado à índole do sistema constitucional, mediante o critério da proporcionalidade. Para Cintra, Grinover e Dinamarco,¹

a relativização da coisa julgada material é uma tese extremamente polêmica, que nasceu no seio do Superior Tribunal de Justiça (Min. José Delgado) e que, mesmo entre os que a aceitam, só é defendida em casos realmente extraordinários. Essa tese parte da premissa de que nenhum valor constitucional é absoluto, devendo todos eles ser sistematicamente interpretados de modo harmonioso e, conseqüentemente, aplicando-se à coisa julgada o princípio da proporcionalidade, utilizando para o caso de colisão entre os princípios constitucionais. Esse princípio significa que, em caso de conflito entre dois ou mais valores tutelados pela Constituição, deve-se dar prevalência àquele que no caso concreto se mostre mais intimamente associado à índole do sistema constitucional. Assim, segundo parte da doutrina seria possível desconsiderar a coisa julgada, em processo próprio, para que prevaleça outro bem constitucionalmente tutelado, de índole material.

Porém, o risco do provimento jurisdicional referente à decisão injusta ou inconstitucional em dado caso concreto tem menor gravidade que a insegurança jurídica decorrente da relativização da coisa julgada. Tereza Arruda Alvim Wambier² esclarece que é

importante, portanto, que a solução pela qual se venha a optar, atenda ao mesmo tempo aos anseios da comunidade, no sentido de que o processo não

1 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Flexibilização ou relativização da coisa julgada. *Revista Prática Jurídica*, ano III, n. 33. Brasília: Consulex, 2004. p. 315.

2 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. 2013. p. 48.

deve gerar uma “verdade diferente na verdade ‘real’[...], e não ofenda instituto essencial para o Estado de Direito, já que se trata de figura umbilicalmente conectada à ideia de segurança, sem a qual o Direito praticamente deixa de existir [...]”.

Cabe aqui ressaltar a peculiar característica da coisa julgada: de um lado, a rigidez para a sua revisão, com o fito de assegurar a segurança jurídica emanada das decisões proferidas pelo judiciário; de outro, a possibilidade de sua revisão, para assegurar a justiça e não somente a prestação de jurisdição que possa até mesmo estar maculada por ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Em contraponto ao entendimento de que o princípio da segurança jurídica é soberano e deve ser mantido a qualquer custo, não é possível conceber a perpetuação infundável da lide e, da mesma forma, não é razoável ou desejável a manutenção de iniquidades ou de decisões viciadas. Daí surge o seguinte conflito: se por um lado, pelo bem da segurança jurídica, é indispensável a valorização e a observância da coisa julgada, pelo outro, para atender aos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia, do contraditório e da ampla defesa, é necessário que a coisa julgada esteja em harmonia com a Carta Constitucional.

Um dos instrumentos mais utilizados para a relativização da coisa julgada é a ação rescisória, instituto que tem por finalidade desconstituir a decisão de mérito transitada em julgado. De acordo com o NCPC, a ação rescisória pode ser ajuizada no prazo de dois anos contados da data do trânsito em julgado (art. 966 e 975), em linha com o preceito previsto no art. 495 do CPC/73, permitindo ainda a elasticidade desse prazo em situações excepcionais, dentre elas os art. 525, § 15, e 535, § 8º, do NCPC, com fundamento em **inconstitucionalidade superveniente**. É exatamente sobre essas medidas excepcionais que nos debruçaremos a seguir.

6. O AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA EM INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE

Nas execuções de sentença (art. 525, § 12, NCPC) e naquelas voltadas contra a Fazenda Pública (art. 535, § 5º, NCPC), considerar-se-á

também inexigível obrigação reconhecida em título judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação de lei ou de ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com

a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Se a decisão do STF for proferida antes do trânsito em julgado da decisão proferida em determinada lide, os seus efeitos “poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica” (art. 525, § 13, e 535, § 6º, NCPC). Após o trânsito em julgado dessa decisão, poderá ser ajuizada a ação rescisória para a desconstituição da decisão de mérito transitada em julgado, no prazo de dois anos, a teor dos art. 966 e 975 do NCPC.

Ocorre que o legislador ordinário possibilitou o ajuizamento, em caráter excepcional, de “ação rescisória, **cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal**” (art. 525, § 15, e 535, § 8º, NCPC, grifo nosso). Trata-se de um novo marco inicial para a propositura de ação rescisória nos casos de superveniência decorrente de decisões do STF declarando a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de preceito normativo, já motivo de variados debates.

Não é recente a discussão sobre a rescisibilidade de decisões fundadas em dispositivos supervenientes declarados inconstitucionais pelo STF. Em 22 de novembro de 2012, foi publicado acórdão proferido pela suprema corte, sob a relatoria do Ministro Celso de Melo, nos autos do RE n. 592.912:

ocorrendo tal situação [trânsito em julgado de decisão fundada em norma posteriormente declarada inconstitucional pelo STF], a sentença de mérito tornada irrecorrível em face do trânsito em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de uma específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória), desde que utilizada, pelo interessado, no prazo decadencial definido em lei, pois, esgotado referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, que se revela, a partir de então, insuscetível de modificação ulterior, ainda que haja sobrevindo julgamento do Supremo Tribunal Federal declaratório de inconstitucionalidade da própria lei em que baseado o título judicial exequendo.

Esse tema voltou à baila com a decisão do STF proferida sob o rito da repercussão geral no RE n. 730.462/SP, abordado anteriormente, manifestando entendimento de que *não são automáticos os reflexos de decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo para a reforma ou rescisão de decisões divergentes anteriores, sendo imprescindível a utilização de recursos próprios e/ou o ajuizamento de ação rescisória, observando-se os prazos previstos em lei.*

Embora essa decisão tenha sido proferida sob a égide do CPC/73, fato é que o legislador ordinário, ao aumentar o prazo para o ajuizamento da ação rescisória nos casos em que ocorrer decisão superveniente fundada em preceito normativo contrário à Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, acabou gerando insegurança e inúmeras incertezas. Destacamos os principais temores sob a ótica da matéria tributária:

- A fragilidade da segurança jurídica, diante da contingência de que situações consolidadas no tempo e resguardadas sob o manto da coisa soberanamente julgada venham a ser alcançadas por decisões supervenientes contrárias e desfavoráveis aos contribuintes.
- O impedimento de que sejam realizados os pagamentos de tributos, mediante a restituição e/ou compensação (efeito retrospectivo).
- A retroatividade da cobrança de tributos considerados ilegais e inconstitucionais, exigidos pela fiscalização com os seus consectários legais, ainda que protegidos pela coisa julgada. Nesse aspecto, é de se esperar que o Supremo Tribunal Federal, quando instado a se manifestar sobre questões tão controvertidas, module o efeito de suas decisões.
- A cobrança de tributos de trato sucessivo (efeito prospectivo) que não vinham sendo exigidos com respaldo em medidas judiciais. Em relação a este aspecto, não há dúvida de que decisões da suprema corte ratificando normas que considerar constitucionais ou ratificando aquelas julgadas inconstitucionais gerarão o efeito prospectivo, pois não há razão ou fundamento lógico para que ditas normas continuem gerando efeitos. A propósito, conforme anotado por Rodrigo Giacomeli Nunes Massud,³ a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional manifestou-se, por meio do Parecer n. 492/2011, no sentido de que “a superveniência de precedente objetivo/definitivo do STF gera a cessação **automática** da eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado, possibilitando voltar a cobrar o tributo, ou deixar de pagá-lo, em geração a fatos geradores futuros”. Entretanto, conforme mencionado anteriormente, o STF já manifestou

3 MASSUD, Rodrigo Giacomeli Nunes. Coisa julgada, rescisória, Súmula 343 do STF e Parecer PGFN 492/2011: impactos com o código de processo civil de 2015. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana Furtado Costa (Coord.). *O novo CPC e seu impacto no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Fiscosoft, 2016. p. 141.

entendimento de que não há efeitos que possam ser considerados automáticos, sendo imprescindível observar o devido processo legal.

- A dificuldade de o contribuinte obter *certidão* negativa de tributos e contribuições federais administrados pela Receita Federal do Brasil e da dívida ativa da União Federal mediante a exigência de tributos, causando verdadeiro embaraço em suas atividades, já que, em muitos casos, depende dessa *certidão* para a obtenção de financiamentos bancários, participação em certames licitatórios, dentre outros.
- A positivação de situação privilegiada à Fazenda Pública no que se refere ao ajuizamento de ação rescisória sempre que houver decisão superveniente pelo STF, em controle concentrado ou difuso, desfavorável ao contribuinte.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A **coisa julgada**, assim entendida como a autoridade da decisão à qual não caiba mais recurso, está intimamente ligada ao princípio da segurança jurídica, recebendo por isso especial proteção da Constituição Federal.

Eventualmente, decisões de mérito transitadas em julgado podem estar em desacordo com o posicionamento do STF, ocasionando o que a doutrina conveniou denominar, apropriadamente ou não, **coisa julgada inconstitucional**. A despeito de sua imutabilidade, em casos excepcionais de vícios na decisão e para evitar mal maior que a própria flexibilização, há previsão em nosso ordenamento jurídico de revisão da coisa julgada por meio de ação própria, a **ação rescisória**.

O NCPC introduziu mudanças significativas em relação à ação rescisória, especialmente, no que se refere à previsão de um novo marco inicial para a propositura dessa ação quando ocorrer decisão transitada em julgado, de forma superveniente, pelo STF. Parece pouco, mas a mudança tem o condão de gerar incertezas quanto à higidez da coisa julgada. No campo tributário, surgem dúvidas e questionamentos quanto à possibilidade de ônus ainda maiores para os contribuintes, por força de eventuais efeitos retrospectivos e prospectivos decorrentes das decisões supervenientes da corte suprema.

Como tudo que é novo gera insegurança em maior ou menor grau, sobretudo na seara do direito, em que a doutrina e a jurisprudência não se constroem do dia para a noite, estamos no limiar de novos tempos e diante de várias questões e poucas respostas. Em defesa do princípio constitucional da segurança jurídica, entendemos que o prazo inicial para a propositura de ação rescisória deve respeitar

a data do trânsito em julgado da decisão rescindenda (art. 975, NCPC) em vez da data do trânsito em julgado da decisão do STF (art. 525, § 15, e 535, § 8º, NCPC), em respeito à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, primados do Estado Democrático de Direito.

Sob o amparo do princípio da proporcionalidade, é preferível a existência de eventual decisão injusta e inconstitucional em dado caso concreto que o risco de instauração da insegurança jurídica em nosso ordenamento jurídico decorrente da relativização da coisa julgada. Afinal, é inegável que o ajuizamento de ação rescisória em caráter excepcional, prevista nos art. 525, § 15, e 535, § 8º, do NCPC, inevitavelmente acarretará na perpetuação de discussões, causando insegurança e incerteza aos contribuintes que buscam o judiciário como meio de amparo dos seus direitos.

A SISTEMATIZAÇÃO DE PRECEDENTES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Andréa Mascitto

1. INTRODUÇÃO

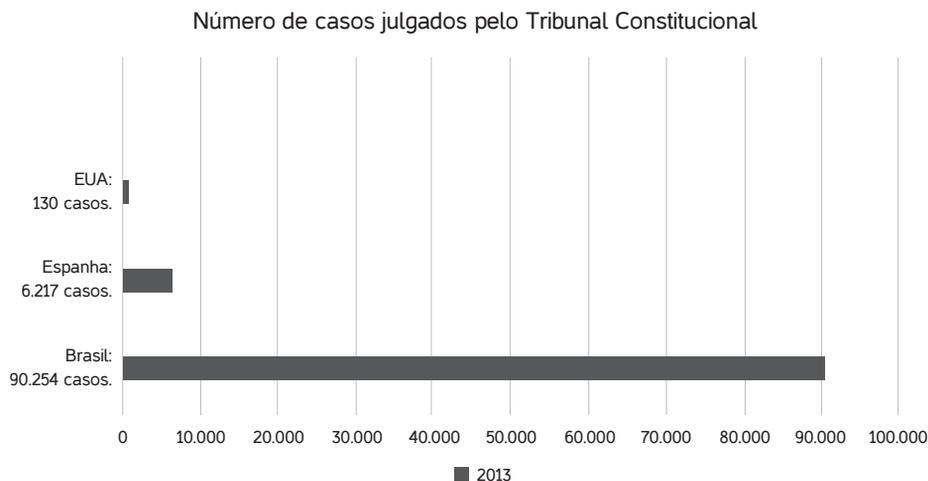
1.1 A sobrecarga do poder judiciário brasileiro

Já de muito observamos o afogamento do poder judiciário brasileiro com um infindável número de processos para julgar. Chega-se a duvidar que esse estoque de processos possa um dia ser administrado, até porque é renovado e aumentado pelas milhares de demandas que surgem diariamente.

O modelo brasileiro prestigia o devido processo legal e a ampla defesa, oportunizando que as demandas passem pelas diversas “esferas de revisão” mediante o esgotamento das oportunidades recursais, de modo que os tribunais superiores brasileiros também estão sobrecarregados, não sendo esta uma característica exclusiva das instâncias originárias. Porém, até pela proporção do número de magistrados, é evidente que a ideia não é que cada processo individual passe por uma profunda revisão dos poucos ministros que compõem cada tribunal superior,¹ mas, mesmo assim, fato é que atualmente esses tribunais julgam um número de casos substancialmente maior que qualquer outra corte superior.

1 O Supremo Tribunal Federal conta com 11 ministros, e o Superior Tribunal de Justiça, com 33, os quais se dedicam inclusive a atividades outras, como por exemplo no Tribunal Superior Eleitoral.

A título comparativo, confira-se o volume de casos julgados pelos tribunais constitucionais do Brasil, da Espanha e dos Estados Unidos em 2013:²



A diferença no número de casos julgados é bastante significativa em 2013, como se depreende do quadro comparativo, o qual mostra que, enquanto no Brasil foram julgados 90.253 casos, na Espanha esse número cai drasticamente para 6.217, e cai ainda mais nos Estados Unidos, cuja Corte Suprema julgou 130 casos. Tomando-se ainda os anos subsequentes como exemplo, vemos que:

- i. **2014:** o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou 114.391 casos, e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), 390.052,³ o que significa dizer que os tribunais superiores teriam julgado uma média de 1.400 processos por dia caso tivessem trabalho todos os 365 dias do ano, sem finais de semana, feriados, datas festivas etc.

2 <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral> STF: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>>. Acesso em: 31 out. 2018. Suprema Corte Americana: <<http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/about>>. Acesso em: 31 out. 2018. Tribunal Constitucional da Espanha: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/memorias/Documents/Estadisticas2013.pdf>>.

3 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=250>>. Acesso em: 31 out. 2018.

- ii. **2015:** o STF julgou 116.674 casos, e o STJ, 461.490,⁴ o que significa dizer que os tribunais superiores teriam julgado uma média de 1.590 processos por dia caso tivessem trabalho todos os dias do ano.
- iii. **2016:** o STF julgou 117.486 casos, e o STJ, 470.722,⁵ o que significa dizer que os tribunais superiores teriam julgado uma média de 1.611 processos por dia caso tivessem trabalho todos os dias do ano.
- iv. **2017:** o STF julgou 126.535 casos, e o STJ, 490.473,⁶ o que significa dizer que os tribunais superiores teriam julgado uma média de 1.690 processos por dia caso tivessem trabalho todos os dias do ano.

Trata-se de um número que claramente inviabiliza uma análise profunda caso a caso, preocupando-se mais com o cumprimento de metas numéricas. Ainda, se considerarmos que alguns temas demandam, e de fato merecem, uma discussão mais ampla por atingirem um número maior de pessoas, o sistema se mostra inviável da forma como estruturado originalmente.

1.2 Inspiração vinda da common law

Nesse contexto, o poder legislativo começou a explorar alternativas para conter esse grave problema enfrentado pelo judiciário, inspirando-se principalmente no modelo da *common law*, como é o caso dos Estados Unidos.

O sistema judiciário da *common law* tem por característica o enaltecimento da jurisprudência como fonte primária do direito, isto é, as decisões pretéritas em casos análogos influenciam fortemente o julgamento de novos casos. Nesse sistema, a chamada “cultura dos precedentes” prevalece e a racionalidade dos julgamentos anteriores é o que precipuamente fundamenta os novos julgamentos. Trata-se de um modelo de origem anglo-saxônica utilizado em Inglaterra, Canadá, Austrália, entre outros. Diferencia-se, portanto, do nosso modelo de origem, a *civil law*, que se norteia pelo texto da lei (que é a fonte primária do direito). Busca-se compreender como aquele fato sob julgamento se subsume à norma aplicável na

4 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=263>>. Acesso em: 31 out. 2018.

5 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=292>>. Acesso em: 31 out. 2018.

6 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=301>>. Acesso em: 31 out. 2018.

situação específica (caso a caso), sendo relativizada a força da interpretação em casos anteriores análogos.

A grande vantagem enxergada no sistema da *common law* para enfrentar o problema da sobrecarga do judiciário brasileiro é que ele estabelece uma prática de aplicação reiterada de precedentes, partindo-se de uma racionalidade comum aplicável a diferentes casos. Com isso, dispensa-se – em princípio e adotadas as cautelas que serão tratadas neste texto – a necessidade de uma profunda e renovada discussão caso a caso, atribuindo um enorme ganho de eficiência ao sistema judiciário.

Essa vantagem é ainda mais clara quando se trata de matéria tributária, já que as disputas tributárias costumam afetar múltiplos contribuintes que discutem uma mesma situação de fato e de direito.⁷ Pensemos, por exemplo, na situação em que milhares de contribuintes recorrem ao judiciário para questionar a constitucionalidade de uma norma instituidora de um tributo que tenha violado o princípio da anterioridade. Basta que se defina se a lei é ou não inconstitucional por violação a esse princípio para que se tenha o condão de solucionar esses milhares de casos sem que sejam individualmente discutidos no STF.

1.3 Mudanças paulatinamente implementadas pelo poder legislativo

Vislumbrando essa vantagem, observamos que o poder legislativo começou a implementar mudanças relativas às regras de processo civil brasileiro.⁸ A título ilustrativo, e partindo para uma sucinta digressão histórica, devemos lembrar que:

- i. O Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) contemplava – com alterações recebidas inclusive em 2001 pela Lei n. 10.352 e em 2006 pelas Lei n. 11.276 e n. 11.277 – incidentes de uniformização de jurisprudência e “assentos vinculantes”, a exemplo do quanto prescrito nos art. 285-A; 475, § 3º; 476 a 479; 481, parágrafo único; 518, § 1º; 555, § 1º; e 557, porém ainda de forma tímida e sem a pretensão dos institutos atuais de amplificação dos efeitos de uma decisão judicial.

7 Tal impressão foi confirmada em estudo realizado pela da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP): SUNDWELDT, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Repercussão Geral e o sistema brasileiro de precedentes*. 2010.

8 A presente avaliação está centrada no controle difuso de constitucionalidade e legalidade, e não no controle concentrado.

- ii. Em 2004, com a edição da Emenda Constitucional n. 45, dois institutos de extrema importância foram criados, a saber: súmula vinculante e repercussão geral, que visavam justamente ao efeito multiplicador das decisões do STF (art. 102, § 3º, da Constituição Federal). Tratou-se de um avanço na direção de que ora tratamos.
- iii. Em 2006, com a edição da Lei n. 11.418, acrescentaram-se os art. 543-A e 543-B ao CPC/73, vigente à época, a fim de regulamentar o requisito da repercussão geral e seus efeitos.
- iv. Em 2008, com a edição da Lei n. 11.672, acrescentou-se o artigo 543-C ao CPC/73, vigente à época, criando a figura do recurso repetitivo no âmbito do STJ e regulando seus efeitos.

Todos esses mecanismos já apontavam na direção de buscar a atribuição de maior eficiência ao poder judiciário brasileiro.

2. CENÁRIO E NOVIDADES NO NCPC

Exatamente nesse contexto é que a Lei n. 13.105 (Novo Código de Processo Civil – NCPC) foi editada, em 16 de março de 2015. Prestigiando o esforço iniciado anos antes pelo poder legislativo, o NCPC enalteceu e sistematizou a “cultura dos precedentes”, principalmente (mas não exaustivamente) pela manutenção e pelo reforço dos institutos da repercussão geral e dos recursos repetitivos, bem como pela criação do chamado Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva (IRDR), tratado nos art. 976 a 987, prevendo oportunidades de se recorrer diretamente ao tribunal (art. 988, NCPC) nas hipóteses em que os precedentes se mostrarem descumpridos.

No mais, o NCPC cria todo um ambiente de favorecimento à sistematização de precedentes ao:

- i. reforçar a necessidade de fundamentação das decisões judiciais e, nesse tocante, destacar que a falta de justificativa para que um precedente aplicável ao caso concreto não seja observado é causa de oposição de embargos de declaração **por omissão** (art. 1.022, parágrafo único, inciso I), bem como que a mera menção ao precedente ou súmula não é suficiente para que se tenha a decisão por devidamente fundamentada (art. 489, § 1º, **incisos IV e V**);
- ii. reforçar a necessidade de os tribunais cuidarem de uniformização, estabilidade, integridade e coerência de suas decisões (art. 926);

- iii. sistematizar a vinculação de juízes e tribunais **às decisões em controle concentrado**, súmulas vinculantes, incidentes de competência ou resolução de demandas repetitivas, súmulas do STF e do STJ em geral, e orientação do plenário ou órgão especial a que vinculados, aproximando-os ao sistema da *common law* em que os precedentes **são fonte primária do direito** (art. 927);
- iv. criar procedimentos de audiências públicas, possibilidade de modulação e outros mecanismos protetivos da segurança jurídica mesmo em caso de mudança de precedentes (art. 927);
- v. atribuir novos contornos ao incidente de assunção de competência ampliando seu espectro, vez que agora cabível em qualquer recurso, remessa necessária ou causas de competência originária (art. 947);
- vi. fortalecer o instituto da reclamação e criar o IRDR, como mencionamos anteriormente.

Cabe mencionar rapidamente que o IRDR foi uma das novidades mais significativas trazidas pelo NCPC. Tal incidente pode ser invocado pelas partes, pelo Ministério Público, pela defensoria e também pelo próprio magistrado de primeiro grau ou relator quando identificar efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito (questão jurídica e não fática) e houver risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Ele suspende os demais casos iguais em curso na região circunscrita⁹ e será resolvido pelo órgão colegiado do tribunal local (de segunda instância) competente,¹⁰ **não se aplicando quando os** tribunais superiores já estiverem examinando o assunto em caráter repetitivo. Nota-se que há um claro fortalecimento do papel dos tribunais de segunda instância, deixando de ser vistos como um mero “tribunal de passagem”.

São exemplos de pedidos de instauração de IRDR em matéria tributária:

- i. TRF da 1ª Região: necessidade de se declararem suspeitos ou impedidos os auditores fiscais atuantes como conselheiros no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) em razão do conflito de interesses decorrente do pagamento de bônus de produtividade (Medida Provisória n. 765). IRDR já julgado e declarada a desnecessidade da medida.
- ii. TRF da 3ª Região: (i.1) incidência de contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade

9 Podendo, a pedido, o STF/STJ estender a suspensão a todo o território nacional até julgamento de Recurso Especial ou Extraordinário que ataque a decisão do IRDR.

10 A ser definido pelo próprio tribunal. Exemplo: TJ/SP, Portaria n. 05/2016, Turma Especial na Seção de Direito Público para julgar IRDR e assunção de competência.

Social (Cofins) sobre receitas financeiras em razão da edição do Decreto n. 8.426/2015; (i.2) necessidade de instauração de incidente de desconsideração da personalizada jurídica para o redirecionamento de execução de crédito tributário da pessoa jurídica para os sócios (em vez de pedido nos autos da própria execução fiscal).

- iii. TRF da 4ª Região: interpretação do art. 158, inciso I, da Constituição Federal, no âmbito da distribuição das receitas arrecadadas a título de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), incidente sobre valores pagos pelos municípios, a qualquer título, a pessoas físicas ou jurídicas contratadas para prestação de bens ou serviços.
- iv. TRF da 5ª Região: aplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica em sede de execução fiscal.
- v. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: limite (valorativo) para ajuizamento de execução fiscal.

O IRDR e todos os institutos e mecanismos sucintamente listados neste capítulo colaboram para a uniformização da jurisprudência e para que a “cultura de precedentes” seja trasladada para o direito brasileiro.

3. A SISTEMATIZAÇÃO DE PRECEDENTES

Conforme alertado nos itens anteriores, embora a “cultura dos precedentes” possa apresentar muitas vantagens, ela deve ser implantada com cuidado no Brasil, país que até então observava puramente a *civil law* e tem passado a buscar soluções bebendo na fonte da *common law*. É como se quiséssemos encaixar um quadrado em uma bola: deverá haver ajustes e também um grande esforço coletivo (do legislativo, do judiciário e dos jurisdicionados) para que haja sucesso nessa empreitada.

Repise-se: embora o legislativo seja o poder que norteia inicialmente esse novo sistema, será justamente na prática do judiciário que observaremos seu sucesso ou seu fracasso.

3.1 *Requisitos para a bem-sucedida sistematização de precedentes*

Há necessariamente de se sistematizar os precedentes e, para tanto, é indispensável que seja construído um sólido e uniforme repertório de jurisprudência,¹¹

11 Art. 926, NCPC: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

com clareza no contorno do objeto jurídico sob julgamento, eficiente seleção dos recursos representativos da controvérsia e ampla divulgação tanto da eleição do objeto a ser definido pelo sistema de precedentes quanto do resultado da decisão e do entendimento jurídico firmado sobre o tema.

De outro lado, também é indispensável que haja um criterioso exame do caso para que fique clara a identidade do objeto em discussão com o precedente a ser aplicado,¹² sendo ressalvadas e devidamente identificadas quaisquer nuances que escapem da discussão comum ao tema central (por exemplo, medida judicial que discuta a constitucionalidade de um tributo, sendo necessário que também haja questionamento sobre a decadência do direito fazendário à constituição da dívida).

É interessante observar, nesse sentido, o resultado do estudo *Repercussão Geral e o sistema brasileiro de precedentes*, realizado em 2010 pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), sob a coordenação de Carlos Ari Sunfeld e Rodrigo Pagani de Souza, no qual se apontam algumas “práticas deficientes” na aplicação de precedentes (reunidas em cinco grupos), que podem figurar como valioso balizador para a implementação do sistema de precedentes, contando inclusive com “dicas” daquilo que, na visão do grupo, poderia ser um roteiro para aperfeiçoar o adequado efeito multiplicador das decisões tomadas pelo STF em sede de repercussão geral.

Todos esses cuidados têm por objetivo preservar e garantir a segurança jurídica e a isonomia como valores maiores a serem protegidos na aplicação dos precedentes. E aqui cabe destacar um grande ponto de atenção: não se trata propriamente de engessar o sistema e os julgados para preservar esses valores maiores, até porque a sociedade evolui e é salutar que o direito com ela evolua, mas, acima de tudo, de o sistema de precedentes prever (e adotar na prática) mecanismos e técnicas para eventual alteração de jurisprudência e também regular os efeitos da revogação de precedentes.

12 “A identificação da questão constitucional discutida nos recursos extraordinários é central no funcionamento do instituto da repercussão geral. Ao definir a questão debatida como constitucional ou infraconstitucional, o STF possibilita que os tribunais de origem identifiquem e sobrestem recursos que versem sobre a mesma questão, bem como norteia as partes que tenham litígios sobre o mesmo tema e a sociedade de um modo geral acerca do entendimento do Tribunal sobre a matéria. Dessa maneira, ao descrever a questão constitucional, o STF facilita às partes e às instâncias do Judiciário uma aplicação uniforme do instituto da repercussão geral” (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Repercussão Geral e o sistema brasileiro de precedentes*. 2010. p. 10).

3.2 Mecanismos e técnicas para eventual alteração de jurisprudência

No direito norte-americano, por exemplo – enquanto ilustração clara do *common law* “relativista moderno” –,¹³ existem diversas técnicas para alteração de jurisprudência, como *overruling*, *overriding*, *transformation*, *drawing of inconsistent decisions* etc. Cada uma com suas nuances (e também rígidas delimitações de competência),¹⁴ tais técnicas permitem a construção de uma nova compreensão jurídica para aquele dado contexto sob discussão, ou melhor dizendo, uma “reconstrução” da interpretação jurídica. Essa reconstrução pode ser total (revogação do entendimento anterior) ou parcial (apenas restrição àquele entendimento e readaptação da regra), seja por revisão do tema, seja em decorrência de necessária adaptação do sistema a regras novas nele inseridas, evolução do pensamento jurídico ou outro motivo. Não é objetivo deste artigo tratar individualmente de cada técnica, mas alertar sobre sua existência e sua importância, bem como trazer alternativas de inspiração para a construção de um sistema de precedentes no país.

Adicionalmente, e ainda em relação à mudança de paradigmas e precedentes, geram debate os efeitos dessa “ruptura jurisprudencial” no tempo – se retroativos ou prospectivos –, bem como o marco da aplicação prospectiva. Muitos doutrinadores de renome sustentam que a prospectividade é a forma de garantir a segurança jurídica e a confiança no sistema judiciário. Já outros contra-argumentam que a forma prospectiva leva à consolidação de tratamento anti-isonômico e de incoerência sistêmica. Isso não é propriamente uma novidade no Brasil: a modulação já vem sendo aqui discutida há alguns anos, em especial diante da crítica aos tribunais superiores quanto à mudança de entendimento sobre diversos temas.¹⁵

Independentemente dos debates surgidos, fato é que tais técnicas devem ser previstas e aplicadas pelo poder judiciário em prol, mais uma vez, da construção bem-sucedida do sistema brasileiro de precedentes. Por isso, volta-se a destacar a importância de se prever e debater com afincos, no direito brasileiro, institutos como a modulação (esclarecendo efetivamente seus contornos e limites), a teoria

13 Usamos tal designação em contraponto à *common law* anglo-saxônica, cuja tradição enrijecia a cultura de precedentes.

14 Via de regra reservada à corte superior.

15 A título meramente ilustrativo, citamos a tributação das sociedades de advogados pela Cofins, isenção de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) etc.

do *distinguish*,¹⁶ a teoria da transcendência dos motivos determinantes, e a reclamação, sem prejuízos à criação de novos institutos que se mostrem necessários com a evolução do sistema no tempo. Vê-se que, em determinada medida, o NCCPC cuidou de plantar essas “sementes”, que deverão florescer a partir do debate acadêmico e pragmático do direito.

Justamente apontando na direção de mudança jurisprudencial *versus* segurança jurídica *vs.* coerência sistêmica *vs.* confiabilidade no judiciário, vemos hoje um tema importantíssimo afetado à definição pelo STF com repercussão geral reconhecida,¹⁷ que é a delimitação do limite da coisa julgada em âmbito tributário na hipótese de o contribuinte se beneficiar de decisão judicial declaratória da inexistência de relação jurídico-tributária transitada em julgado pautada em inconstitucionalidade do tributo que, posteriormente, veio a ser declarado constitucional pelo STF em controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Vê-se no foco do debate, portanto, a possibilidade de relativização da coisa julgada na seara tributária “em decorrência da superveniência de novos parâmetros normativos ou de decisão do Supremo Tribunal Federal que considere constitucional o diploma normativo tido por inconstitucional pela decisão passada em julgado”.¹⁸

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em apertada síntese, vimos que:

- i. A sobrecarga do poder judiciário brasileiro, em especial dos tribunais superiores, fez com que o direito brasileiro olhasse para o modelo implementado em outros países e se inspirasse nas vantagens do sistema da *common law*, no qual a jurisprudência figura como fonte primária do direito.
- ii. A partir daí, o poder legislativo passou a introduzir institutos e mecanismos no direito brasileiro (como a súmula vinculante, a repercussão geral e os

16 *Distinguishing* é o mecanismo de diferenciação de um dado caso em relação à questão sedimentada em precedente. Ele permite que se justifique a inaplicabilidade de um precedente a um determinado caso dadas as suas peculiaridades, que denotem ausência de convergência entre os fatos relevantes (*material facts*) e a conformação da fundamentação (*substantive rationale*) utilizada no caso predecessor àquele caso.

17 Repercussão Geral no RE n. 949.297/CE.

18 Trecho da manifestação do ministro Edson Fachin, de 4 de março de 2016, em plenário virtual para reconhecimento de repercussão geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=6189314>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

recursos repetitivos, aliados aos incidentes de uniformização de jurisprudência e “assentos vinculantes”) visando atribuir maior eficiência ao poder judiciário brasileiro.

- iii. O NCPC foi editado nesse contexto, em 2015, e preocupou-se em criar todo um ambiente de favorecimento à sistematização de precedentes que ilustramos no corpo deste artigo.
- iv. O sistema de precedentes possui nobre missão que extravasa o interesse na celeridade processual e no desafogamento do judiciário, estando fortemente ligado ao enaltecimento da segurança jurídica, da confiabilidade no poder judicante e da isonomia, que são valores importantíssimos para o ordenamento brasileiro.

Do exposto, e dado que o direito brasileiro ainda engatinha na chamada “cultura de precedentes”, recomenda-se cautela em sua implantação no país até para que de fato atinja a sua nobre missão e não ceda espaço da discussão jurídica à discussão política.

As cautelas dizem respeito ao momento da criação das regras, mas principalmente à sistematização dos precedentes, isto **é, à formação dos precedentes e à sua aplicação (ou inaplicação), revisão, revogação etc. Por isso, sugere-se a análise das técnicas e** dos mecanismos extraídos do direito comparado e sua ampla discussão para adaptação à realidade brasileira, sendo certo que a atual discussão pendente no STF sobre o limite da coisa julgada em âmbito tributário (RE n. 949.297/CE) tem muito a colaborar com o tema já que tangencia questões de fundo importantes como mudança jurisprudencial *versus* segurança jurídica *versus* coerência sistêmica *versus* confiabilidade no judiciário.

Embora a questão diga eminentemente respeito a um embate entre o sistema de controle de constitucionalidade difuso *versus* concentrado, ela demanda profunda reflexão sobre a coerência sistêmica da construção jurisprudencial e eventuais mudanças de entendimento no percurso, caracterizando-se como uma excelente oportunidade para que toda a comunidade jurídica exercite a ampla dialeticidade demandada para a construção de um sistema de precedentes robusto no Brasil.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO NCPC

Priscila Martins Merlo

1. INTRODUÇÃO

Importante instituto com regulamentação prevista no Novo Código de Processo Civil (NCPC), o Recurso Extraordinário (RE) tem como finalidade maior manter a autoridade soberana e a unidade de interpretação da Constituição Federal (CF). Tal finalidade se mostra sobremodo relevante, porquanto vivemos em um sistema federativo que permite uma grande descentralização do poder judiciário e, por conseguinte, do próprio entendimento jurisprudencial.

Como se sabe, o RE é um recurso excepcional, ou seja, é admissível somente em hipóteses restritas, uma vez que o Supremo Tribunal Federal (STF) não pode ser encarado como uma terceira instância, mas uma instância extraordinária. Antigamente, o RE também abrangia as atuais hipóteses de cabimento do Recurso Especial (REsp), no entanto, com o aumento substancial dos recursos, a CF de 1988 delegou competências diversas entre o STF e Superior Tribunal de Justiça (STJ), de modo que coube a este a análise da adequada aplicação da legislação federal e àquele a guarda dos princípios e das regras contemplados pela Carta Magna.

Interposto perante o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, suas hipóteses de cabimento estão dispostas no art. 102, inciso III,¹ do texto constitu-

1 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última

cional, que prevê a interposição do recurso quando presentes as seguintes circunstâncias nos acórdãos recorridos: (i) contrariedade de dispositivo constitucional; (ii) declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (iii) julgamento considerando válida lei ou ato de governo local contestado em face da CF. Além dessas hipóteses, para sua interposição é imprescindível a observância de algumas regras, como: a necessidade de esgotamento das instâncias ordinárias, a impossibilidade de revisão de provas e matéria de fato, bem como a demonstração da repercussão geral da matéria envolvida, conforme disposição do art. 1.035,² traduzida na necessidade de o recurso tratar de uma questão que transcenda os interesses dos litigantes de ordem jurídica, econômica, social ou política.

Por fim, é importante destacar que o novo diploma legal introduziu a figura do *amicus curiae* ao controle difuso de constitucionalidade, isto é, o terceiro interessado pode ser admitido na causa para que traga elementos técnicos e de interesse coletivo que auxiliem efetivamente a cognição dos julgadores. Anteriormente, isso só era admissível em causas de controle de constitucionalidade abstrato.

Abordadas as ordinárias características dos RE, passaremos à análise de alguns dos institutos a eles inerentes.

2. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

O juízo de admissibilidade consiste na verificação concreta das condições e dos pressupostos recursais. Com o advento do NCPC, alterou-se substancialmente a competência para a realização do juízo de admissibilidade, sujeitando-se a regras diferentes de um recurso para outro.

A maior celeuma se deu em face do art. 1.030 do NCPC, em sua redação original, uma vez que eliminava a previsão do código processual anterior de que tanto tribunais de segunda instância quanto cortes superiores realizassem o juízo de admissibilidade dos REsp e RE. Assim, competiria apenas aos integrantes do STJ

instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”

2 “Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.”

e do STF verificar se os recursos atendiam aos requisitos necessários para serem julgados. Entretanto, após forte pressão dos ministros, os quais sustentavam que ambos os tribunais sofreriam uma avalanche de recursos a serem analisados, o Senado aprovou, antes mesmo da entrada em vigor do NCPC, a Lei n. 13.256, a qual alterou a redação do art. 1.030 mantendo o filtro da admissibilidade de recursos ao presidente ou vice-presidente dos tribunais de justiça e do TRF.

Diante desse cenário, à luz do NCPC, o presidente ou o vice-presidente do tribunal *a quo*, ao final dos 15 dias concedidos ao recorrido para contrarrazoar, deverá obstar a admissibilidade do recurso extraordinário (i) quando à questão jurídica constitucional versada no recurso já não tenha sido reconhecida a repercussão geral; (ii) quando o acórdão recorrido estiver em conformidade com entendimento já adotado pelo STF em regime de repercussão geral; (iii) quando o REsp e o RE tiverem sido interpostos em face de acórdão em conformidade com decisão anterior, desses tribunais, proferida em regime de recurso repetitivo.

Percebe-se, pelo exame dessas hipóteses em que ao presidente ou ao vice-presidente caberá negar seguimento ao REsp e ao RE, um claro propósito do legislador no sentido da manutenção da estabilidade da jurisprudência, dando a lei imenso prestígio à palavra do STJ e do STF. Essa tomada de posição do legislador reflete a consciência da comunidade jurídica brasileira no sentido de que o juiz cria direito e de que o direito deve ser estável e uniforme.

O legislador também determina que o presidente ou o vice-presidente encaminhe o processo ao órgão julgador do tribunal de que faz parte para juízo de retratação quando o acórdão recorrido não estiver em consonância com o que foi decidido pelo STF ou pelo STJ, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou recursos repetitivos (art. 1.030, inciso II).³

Outra providência que deverá ser tomada pelo presidente ou vice-presidente é sobrestar o processamento de recurso que versar sobre tese que já esteja afetada em regime de recurso repetitivo, REsp ou RE, para que lhes seja dado o destino apropriado depois que o paradigma for decidido (retratação ou considerar-se

3 “Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: [...] II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos; [...]”

prejudicado o recurso) (art. 1.030, inciso III).⁴ É nesse momento processual, qual seja, ao final dos 15 dias concedidos ao recorrido para contrarrazoar, que poderá ocorrer no juízo *a quo* a seleção do recurso (REsp ou RE) para que seja o paradigma para o julgamento de muitos outros recursos no regime dos repetitivos (art. 1.030, IV, e 1.036, § 6º).⁵⁻⁶

Por sua vez, o art. 1.030, inciso V, atribui ao presidente ou vice-presidente o dever de admitir o RE ou REsp e remetê-lo ao STF ou STJ, respectivamente, desde que: (i) não seja daqueles que devam ficar sobrestados, já que estariam envolvidos em regime de recursos repetitivos; (ii) seja o recurso justamente aquele selecionado como representativo da controvérsia; (iii) já tenha sido um dos recursos cujo processamento ficou sobrestado, tendo sido posteriormente decidido o recurso paradigma, e não tenha o órgão *a quo* realizado o juízo de retratação (adequação àquilo que foi concedido no RE ou REsp paradigma).

Por fim, acolhendo críticas à possibilidade de que alguns dos recursos cujo processamento tenha sido sobrestado, em regime de repetitivo ou não, sejam intempestivos e que, caso ninguém percebesse, ele poderia ser decidido em conformidade com a tese adotada no RE cuja repercussão geral foi reconhecida, o NCPC permite que o interessado, ou seja, o beneficiado pela decisão atacada pelo RE pleiteie que o recurso (intempestivo e sobrestado) seja retirado da lista daqueles que estão com sua tramitação parada, para que seja inadmitido. Nesse caso, haverá coisa julgada e a decisão do segundo grau há de prevalecer, salvo se for rescindida (art. 1.036, § 6º).

3. PREQUESTIONAMENTO

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), os tribunais superiores divergiam a respeito das formas de prequestionamento da matéria a ser alegada em sede de REsp e RE.

4 “III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional; [...]”

5 “IV – selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do § 6º do art. 1.036; [...]”

6 “Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça. [...] § 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.”

Por força da Súmula n. 211/STJ,⁷ o STJ entendia que o prequestionamento exigia a efetiva decisão da questão federal pelo acórdão recorrido, não sendo suficiente para essa finalidade a mera oposição de embargos de declaração com fins prequestionadores caso esse recurso fosse rejeitado, porque nesse caso a omissão persistiria. Já o STF, em razão da Súmula n. 356/STF,⁸ entendia que, havendo a oposição de embargos, mesmo com sua rejeição, a matéria constitucional deveria ser considerada prequestionada, admitindo, portanto, o prequestionamento ficto.

Tal divergência foi resolvida pelo art. 1.025⁹ do NCPC ao prever que se consideram incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade. O referido dispositivo deixa clara a admissão do prequestionamento ficto, de forma que, mesmo a matéria não sendo expressamente decidida em grau inferior, tendo o recorrente interposto embargos de declaração com essa finalidade, já será o suficiente para a admissão do REsp ou RE pelo preenchimento do pressuposto de admissibilidade do prequestionamento.

Vale ressaltar que tanto o STJ quanto o STF entendem que só haverá prequestionamento ficto, nos termos do art. 1.025 do NCPC, quando a não apreciação pelo tribunal local da matéria federal/constitucional ali suscitada em embargos de declaração for reconhecida, pela corte superior, como verdadeira e indevida recusa daquele tribunal a sanar existente erro, omissão, contradição ou obscuridade constante do acórdão embargado.¹⁰ Exigem, diante desse entendimento, que no RE/REsp seja indicada violação ao art. 1.022¹¹ do NCPC para que se possibilite ao órgão

7 “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.”

8 “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”

9 “Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”

10 Nesse sentido: STJ, 3ª Turma, AgInt no REsp n. 1.680.099/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em: 12 dez. 2017, DJe: 02 fev. 2018; STF, 1ª Turma, ARE n. 960.736 AgR/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em: 19 jun. 2017, DJe: 29 jun. 2017.

11 “Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I – esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III – corrigir erro material. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I – deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de

jugador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que, uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei.¹²

4. REENVIO – DIFICULDADES DECORRENTES DA INCONSTITUCIONALIDADE REFLEXA

Na vigência do CPC/73, era comum o STJ inadmitir REsp sob o fundamento de que a matéria nele tratada seria de índole constitucional e, portanto, passível de RE. Vice-versa, também o STF inadmitia RE em razão do caráter infraconstitucional da questão recursal debatida.

Ocorre que nem sempre é possível distinguir com precisão o caráter constitucional ou infraconstitucional da questão debatida, havendo, indiscutivelmente, zona cinzenta em que não se encontra resposta isenta de crítica ou contestação. Em importante inovação, o NCPC resolveu o problema com dois artigos, 1.032¹³ e 1.033.¹⁴ Diferentemente do que ocorre na hipótese do art. 1.031, eles não tratam de dois recursos, RE e REsp, interpostos concomitantemente. Há, aqui, apenas um recurso, e a discussão sobre quem é competente para julgá-lo depende do enfoque que seja dado à matéria nele versada.

O art. 1.032 cuida da hipótese de o relator, no STJ, entender que o RE versa sobre questão constitucional. Neste caso, deverá conceder prazo de 15 dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral – exigência específica do RE, por força do art. 102, § 3º, inciso III, da CF – e se manifeste sobre a questão constitucional. Depois, o relator enviará o recurso ao STF, que poderá

casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.”

12 Nesse sentido: STJ, 3ª Turma, Resp n. 1.639.314/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em: 4 abr. 2017, DJe: 10 abr. 2017; STJ, 2ª Turma, EDcl no REsp n. 1.673.323/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em: 28 nov. 2017, DJe: 19 dez. 2017.

13 “Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.”

14 “Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.”

devolvê-lo ao STJ caso entenda o contrário, isto é, que em verdade a questão não é constitucional (art. 1.032, parágrafo único). Nesse caso, é importante notar, a despeito do silêncio do dispositivo, que aquele óbice deve ser superado pelo STJ e, nesse sentido, o recurso deve ser conhecido e julgado.

A hipótese oposta é regulada pelo art. 1.033, o qual dispõe que se o relator do RE entender que a hipótese é, em verdade, de questão infraconstitucional “por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado”, deve enviar o recurso para julgamento ao STJ como REsp. Aqui, diferentemente do que se dá no art. 1.032, não há previsão para o STJ recusar sua competência, que, em última análise, deriva da própria CF (art. 105, inciso III) e encontra no STF seu guardião-mor. Tanto quanto na hipótese anterior, portanto, é irrecusável que o STJ julgue o recuso. Diferença sensível, contudo, é que aqui o STJ ainda não proferiu juízo de admissibilidade recursal e, em rigor, pode fazê-lo a ponto de não conhecer do recurso desde que não infirme a decisão já proferida pelo STF.

Ambas as regras representam importante novidade trazida pelo NCPC para combater as dificuldades decorrentes da “inconstitucionalidade reflexa”, que, em termos práticos, acaba gerando um verdadeiro vácuo de competência. Ademais, cabe acentuar que ambos os dispositivos são reflexo inquestionável do modelo de “processo cooperativo” desejado pelo NCPC.

5. REPERCUSSÃO GERAL

A Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da **repercussão geral das questões constitucionais**. Com isso, o art. 102, § 3º, inciso III, da CF passou a dispor: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

Tal instituto nada mais é que um filtro para que o STF possa efetivamente dirigir o foco de sua atividade para questões que têm maior relevância para a sociedade, ou seja, aquilo que tem repercussão geral. Esse mecanismo de filtragem tem três objetivos principais: (i) diminuir o número de processos no STF; (ii) uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que a corte decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional; e (iii) firmar o papel desse tribunal como corte constitucional e não instância recursal, delimitando sua competência

no julgamento de RE a questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa.

Tratando-se de condição de admissibilidade do RE, é ônus do recorrente cumprir o requisito (art. 1.035, ¹⁵ § 2º). A consequência da desatenção desse ônus, qual seja, o não conhecimento do recurso, está capitulada expressamente no *caput* do art. 1.035: “O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo”.

A tarefa de aferir a repercussão geral das questões constitucionais não é fácil. Dispõe o § 1º do art. 1.035: “Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”. Verifica-se, portanto, que os dois elementos caracterizadores da qualificação da repercussão geral, segundo se extrai do referido dispositivo, são a **relevância** (que pode ser econômica, política, social ou jurídica) e a **transcendência** (que ultrapassa os interesses subjetivos do processo).

Existem, ainda, algumas hipóteses envolvendo questões constitucionais em que há presunção de existência de repercussão geral. A versão original do NCPD trazia três casos em que haveria **repercussão geral presumida**. No entanto, na Lei n. 13.256/2016 suprimiu-se uma dessas situações, restando apenas duas, quais sejam: (i) quando o RE tiver sido interposto contra acórdão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do próprio STF (mesmo que se trate de decisões proferidas em ações individuais, em que a inconstitucionalidade tenha sido analisada *incidenter tantum*); e (ii) se o RE impugnar acórdão que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, proferida de acordo com o art. 97 da CF, ou seja, pelo voto da maioria absoluta dos membros do pleno ou do órgão especial de tribunal de segundo grau (TSJ ou TRF).

No inciso suprimido constava a hipótese de o RE impugnar acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos. Dessa forma, só não resta presumida a repercussão geral em acórdão que julga REsp repetitivo. Imprescindível observar-se,

15 “Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. § 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.”

ainda, que a apreciação do requisito da repercussão geral se faz exclusivamente no STF. A competência para tanto é do pleno, por decisão de pelo menos oito dos onze ministros, conforme dispõe o art. 102, § 3º, inciso III, da CF, sendo irrecorrível tal decisão.

No que se refere aos efeitos do reconhecimento da repercussão geral, na vigência do CPC/73, a interpretação do art. 543-B, § 1º, desse diploma levava à conclusão de que somente deveriam ser sobrestados os RE que versassem sobre questão cuja repercussão geral fosse reconhecida pelo STF. Nada impedia, assim, o prosseguimento dos demais recursos e processos que tratassem do tema.¹⁶ Já no NCPC, altera-se substancialmente tal sistemática, estabelecendo o § 5º do art. 1.035¹⁷ que, “reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional”.

Poderá ocorrer, também, de RE ser interposto intempestivamente e, ainda assim, restar sobrestado por força da decisão de que trata o § 5º do art. 1.035. Nesse caso, a parte recorrida é prejudicada pelo impedimento do trânsito em julgado da decisão objeto do recurso. Por conta disso, prevê o § 6º do art. 1.035¹⁸ a possibilidade de o interessado requerer ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem a imediata inadmissão do recurso intempestivamente interposto, desconsiderando-se, assim, a decisão de sobrestamento. Nessa situação, terá o recorrente o prazo de 5 dias para manifestar-se sobre esse requerimento. Se a existência de repercussão geral for negada, os recursos sobrestados nos termos do §5º do art. 1.035, que só podem ser os que versem sobre matéria idêntica, terão seu seguimento negado pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de origem (art. 1.035, § 8º).¹⁹

16 REsp n. 1143677/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Corte Especial, julgado em: 2 dez. 2009, DJe: 4 fev. 2010.

17 “Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.”

18 “§ 6º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.”

19 “Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. [...] § 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal

Por fim, na hipótese oposta, quando a repercussão geral for reconhecida, caberá ao STF julgar o RE no prazo máximo de 1 ano, tendo preferência sobre os demais processos, com exceção dos pedidos de *habeas corpus* e dos casos que envolvam réu preso (art. 1.035, § 9º).²⁰ A consequência do descumprimento desse prazo era a cessão automática da suspensão dos processos repetitivos sobrestados, conforme previsão contida no § 10º do art. 1.035 do NCPC. Ocorre, entretanto, que tal dispositivo foi revogado pela Lei n. 13.256/2016, de forma que resta sem qualquer consequência processual o descumprimento de tal prazo.

6. RECURSOS REPETITIVOS

O NCPC, estendendo-se do art. 1.036 ao art. 1.041, traz algumas modificações no processamento e no julgamento dos RE e REsp repetitivos no STF e no STJ, respectivamente.

O rito dos recursos repetitivos dispõe que, quando houver multiplicidade de RE ou REsp com fundamento em idêntica questão de direito, a análise do recurso pode ocorrer por amostragem, mediante a seleção de recursos que representem de maneira adequada a controvérsia. O art. 1.037 do NCPC determina que, após selecionado(s) o(s) recurso(s) como repetitivo, o ministro relator do STJ ou do STJ proferirá decisão de afetação em que deverá (i) identificar com precisão a questão a ser submetida a julgamento; e (ii) determinar a suspensão de processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

O sobrestamento de todos os processos, em qualquer grau de jurisdição, parece ser a alteração que trará mais efetividade à ideia de um poder judiciário mais célere, isonômico e estável no que tange às teses repetitivas. Trata-se de norma de cumprimento obrigatório pelos ministros do STJ e do STF que tem por objetivo evitar decisões conflitantes sobre uma questão já afetada à análise dos tribunais superiores e, ao mesmo tempo, agilizar o trâmite dos processos com matéria idêntica. Seguramente, se o sobrestamento se desse automaticamente aos temas de recurso

de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.”

20 “§ 9º O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.”

repetitivo ou repercussão geral já existentes teria um impacto ainda maior. No entanto, nesses poucos anos de aplicação do NCPC, o que se pode sentir é que os tribunais – de justiça e regionais federais – somente sobrestarão seus processos mediante decisão do STF ou do STJ nesse sentido.

O NCPC, objetivando fomentar o prévio debate sobre a tese a ser julgada no recurso afetado como repetitivo, regula algumas situações, como as audiências públicas (art. 1.038,²¹ inciso II), nas quais será permitida a oitiva de depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria com a finalidade de instruir o procedimento, e a intervenção do *amicus curiae* (art. 1.038, inciso I), ou seja, pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

O art. 1.039²² ocupa-se dos recursos que foram sobrestados e estão no âmbito dos próprios tribunais superiores. Para eles, decidido o repetitivo, os recursos que estavam sobrestados, por tratarem da mesma controvérsia, serão considerados prejudicados ou decididos com a aplicação da tese fixada. Por sua vez, o art. 1.040²³ é

-
- 21 “Art. 1.038. O relator poderá: I – solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno; II – fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento; III – requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se. § 1º No caso do inciso III, os prazos respectivos são de 15 (quinze) dias, e os atos serão praticados, sempre que possível, por meio eletrônico. § 2º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais ministros, haverá inclusão em pauta, devendo ocorrer o julgamento com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. § 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida.”
- 22 “Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada. Parágrafo único. Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado.”
- 23 “Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: I – o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; II – o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; III – os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; IV – se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à

vocacionado para regravar os efeitos que o julgamento do repetitivo pelo STF ou pelo STJ surta sobre os processos até então suspensos nos tribunais de justiça, nos tribunais regionais federais e também na primeira instância.

Na perspectiva do NCPC, o que se espera é que a decisão do recurso afetado seja necessariamente observada pelos demais órgãos jurisdicionais. Tal afirmação fica ainda mais clara com o quanto previsto no art. 927,²⁴ o qual estabelece que os acórdãos proferidos em julgamento de RE e REsp repetitivos deverão ser observados por juízes e tribunais de segunda instância, deixando apenas de ser seguidos, conforme o art. 489, inciso VI, mediante a demonstração pelo magistrado de existência de distinção no caso em julgamento ou superação do entendimento firmado.

7. A VINCULABILIDADE DOS PRECEDENTES

Apesar de o sistema jurídico adotado pelo Brasil ser o *civil law*, é possível observar o aumento da presença de algumas características do *common law*, cuja finalidade é proporcionar maior segurança jurídica aos jurisdicionados, como ocorre com os precedentes judiciais.

O NCPC privilegiou a uniformização e a estabilização da jurisprudência dos tribunais, garantindo a efetividade do processo, bem como a proteção às garantias constitucionais. Essa tendência decorre da necessidade de oferecer soluções idênticas para casos concretos congêneres, de modo que as decisões encontrem respaldo no mesmo fundamento jurídico, evitando a insegurança jurídica diante do mesmo caso concreto e o excesso de recursos aos tribunais sobre o mesmo tema e atendendo, desse modo, às expectativas de um Estado Democrático de Direito.

Desde o CPC/73, observava-se certa assimilação da *stare decisis* – decisões prolatadas por determinado órgão do judiciário que criam um precedente e vinculam as que serão emitidas futuramente, isto é, têm força obrigatória –, na medida em

agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.”

24 “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

que os juízos *a quo* são recomendados a aplicar a jurisprudência dos tribunais superiores, além da aplicação de súmulas vinculantes, reconhecimento de inconstitucionalidade de determinada lei e demandas repetitivas.

A EC n. 45/2004 foi o principal marco quanto à incorporação de precedentes ao ordenamento jurídico brasileiro, pois, concomitantemente à reforma do poder judiciário, inseriu as súmulas vinculantes e a obrigatoriedade da repercussão geral nos RE, nos termos do art. 102, inciso III, § 3º, da CF. Com o NCPC, essa vinculação tornou-se ainda mais clara, uma vez que o art. 926²⁵ dispõe que os tribunais uniformizarão suas jurisprudências com o objetivo de mantê-la estável, íntegra e coerente, prevendo ainda a edição de súmulas que reportem à jurisprudência majoritária, limitando-se às circunstâncias dos casos concretos que levaram à sua criação.

Cabe ressaltar que o NCPC determina a aplicação dos precedentes, não se tratando de uma faculdade ao magistrado sua aplicação, mas uma imperatividade. Todavia, a vinculação dos precedentes não importa em supressão de cognição do juiz em relação às provas, do livre convencimento fundamentado e da análise das circunstâncias factuais, uma vez que o juiz pode não seguir os precedentes caso a situação concreta seja diversa da que ensejou a criação do precedente, situação em que ele demonstrará os motivos pelos quais o precedente não se aplica ao litígio. Ainda nesse sentido, a utilização deste mecanismo oferece plena segurança jurídica, pois, em sua decisão, o magistrado deverá fundamentar os motivos pelos quais aplicará o precedente, não bastando indicá-lo.

No tocante à modulação dos efeitos dos precedentes, via de regra, o entendimento exarado pelas cortes superiores é aplicado às demandas pendentes de julgamento, independentemente da jurisprudência consolidada à data do ajuizamento da ação, mas, por outro lado, as ações decididas definitivamente de acordo com o entendimento anterior não podem ser alteradas em virtude da modulação de efeitos.

Na doutrina encontram-se duas vertentes sobre o tema, sendo que a primeira defende a utilização de precedentes judiciais vinculantes, visto que oferecem

25 “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

vantagens aos litigantes: segurança jurídica, estabilidade do ordenamento jurídico, previsibilidade mediante análise dos casos anteriores, coerência, imparcialidade do juiz, desestímulo ao ajuizamento de demandas cujo direito pleiteado seja no sentido contrário do entendimento consolidado pelos tribunais etc. Em contrapartida, há doutrinadores que entendem que esse sistema traz prejuízos na medida em que não permite o desenvolvimento do direito e engessa decisões aos casos concretos, além de afetar a independência dos juízes.

Diante de uma ponderação entre as vantagens e as desvantagens da vinculação dos precedentes, as vantagens parecem ser maiores e essa é a opinião majoritária de doutrinadores e magistrados, razão pela qual a tendência da vinculação de precedentes é o aperfeiçoamento de sua aplicação.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das alterações trazidas pelo NCPC, ao disciplinar os REsp e RE, percebe-se que o legislador buscou simplificar a regulamentação da matéria, dando-lhe uma linguagem mais didática e prática aos operadores do direito.

Igualmente, regulamentou de maneira mais pormenorizada o processamento desses recursos, evitando-se discussões colaterais e procrastinatórias sobre o tema.

O NCPC E A “FUNGIBILIDADE” DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Vinicius Jucá Alves

1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil (NCPC), introduzido pela Lei nº 13.105/2015, tem a característica de privilegiar o direito material sobre as formalidades processuais, isto é, preferir a resolução da questão de mérito ao encerramento do processo por questões formais. Nesse sentido, o art. 4º do NCPC é expresso: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. A doutrina tem chamado essa característica de “princípio da primazia da resolução do mérito”. Um exemplo emblemático dessa orientação é o art. 282, § 2º: “Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”.

E essa orientação também pode ser observada no Recurso Especial (REsp) e no Recurso Extraordinário (RE), que são objeto do presente estudo. Os art. 1.032 e 1.033 do NCPC preveem a possibilidade de aproveitamento do RE que discute ofensa reflexa à Constituição (por meio do seu julgamento como REsp), bem como do REsp que verse sobre questão constitucional (por meio do seu julgamento como RE):

Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo

de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.

Sem dúvida estamos diante de valioso mecanismo, que assegura à parte a apreciação de questões relevantes por meio dos apelos extremos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF).

2. OS ART. 1.032 E 1.033 TRATAM DE FUNGIBILIDADE RECURSAL?

Inicialmente, vale a reflexão sobre a natureza jurídica dos comandos trazidos pelos art. 1.032 e 1.033 do NCPC. Eles tratam de fungibilidade recursal?

O princípio da fungibilidade recursal, de forma genérica, não estava expresso no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) nem está no NCPC, mas já esteve no Código de Processo Civil de 1939, por exemplo: “Art. 810. Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento.” Apesar disso, a doutrina e a jurisprudência consagraram que esse princípio continuaria sendo cogente. Com mais razão, entendemos que a fungibilidade recursal deve ser aplicada no NCPC, que, como vimos, privilegia a instrumentalidade das formas e a resolução do mérito das controvérsias.

Sobre a aplicação da fungibilidade recursal no CPC/73, confira-se a lição de Misael Montenegro Filho:¹

A instrumentalidade das formas também é realidade na matéria recursal, importando na possibilidade de um recurso ser conhecido – vale dizer, processado – quando um outro seria o cabível. É com apoio nessa premissa

1 MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 54. v. 2.

básica que a doutrina vem admitindo a aplicação da fungibilidade na matéria recursal [...].

Contudo, para a aplicação do princípio na matéria recursal, deve a parte preencher dois requisitos cumulativos (e não alternativos), a saber:

- a) Interpor o recurso equivocado no prazo correto;
- b) **Afastar a alegação de que teria ocorrido erro grosseiro**, com a demonstração da denominada dúvida objetiva, e não a dúvida subjetiva, apenas existente no raciocínio do recorrente, sem nenhum apoio doutrinário e/ou jurisprudencial. (grifo nosso)

No mesmo sentido, a lição do Ministro Luiz Fux:²

A influência do princípio da instrumentalidade das formas, no campo da inadequação procedimental, reascendeu a aplicação do vetusto princípio da fungibilidade dos recursos, cuja incidência permite o aproveitamento do recurso interposto como se fosse o meio de impugnação cabível e não utilizado. Fundando-se em ordenação pretérita, a jurisprudência consagrou essa possibilidade, desde que **ausente erro grosseiro e a má fé do recorrente**. Um dos critérios utilizados tem sido a escorreita verificação da tempestividade, por isso, um recurso de prazo menor é aceito se interposto no lugar daquele cabível cujo prazo de oferecimento é mais alongado. (grifo nosso)

Ainda sobre os requisitos para que seja aplicada a fungibilidade recursal, confira-se trecho de decisão do STJ: “(i) **caracterização de dúvida objetiva a respeito da medida impugnativa a ser manejada, o que é suficiente para afastar eventual configuração de erro grosseiro**, e (ii) observância do prazo para o protocolo efetivamente cabível” (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 31.840, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, publicado em: 12 nov. 2010, grifo nosso). Como descrito, a aplicação da fungibilidade recursal depende de um requisito de avaliação subjetiva, a cargo do julgador: a constatação de que a parte não cometeu erro grosseiro na interposição do recurso que se pretende aproveitar. Por esse motivo, entendemos que os art. 1.032 e 1.033 do NCPC não tratam de fungibilidade recursal.

2 FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 730. v. 1.

Os referidos artigos não impõem a existência de dúvida objetiva, ou a ausência de erro grosseiro. Em tese, o RE pode tratar claramente de ofensa reflexa à Constituição e, mesmo assim, o NCPC determina que o STF o envie para julgamento pelo STJ. Da mesma forma, o REsp pode tratar claramente de ofensa à Constituição, mas o NCPC determina que o relator no STJ abra prazo para a parte demonstrar a repercussão geral e envie o recurso para julgamento pelo STF.

Ora, quando o NCPC pretendeu atribuir essa avaliação subjetiva ao STF e ao STJ, ele o fez expressamente, conforme se pode notar da transcrição do § 3º do art. 1.029: “O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, **desde que não o repute grave**” (grifo nosso).

Então, podemos concluir que os art. 1.032 e 1.033 não tratam de fungibilidade recursal, pois o NCPC não atribui ao relator no STJ ou à turma (ou plenário) no STF a avaliação da existência de dúvida objetiva ou erro grosseiro na interposição dos recursos. Uma vez constatada uma das hipóteses dos art. 1.032 e 1.033, eles devem ser aplicados, aproveitando-se o recurso da parte, para que o mérito seja resolvido pelo STJ ou pelo STF. Aqui, mais uma vez, aplica-se o “princípio da primazia da resolução do mérito”. A parte não deixará de ter o mérito da sua questão analisado por uma situação de quase “conflito negativo” entre STF e STJ.

No passado, era possível vislumbrar a situação extrema da parte que interpunha REsp e RE, mas tinha seu REsp não analisado pelo STJ, por este considerar que a questão discutida era constitucional, e seu RE não analisado pelo STF, por este considerar que a questão envolvia ofensa reflexa à Constituição. Com os art. 1.032 e 1.033, a tendência é que isso não ocorra mais, pois o STF pode, em última instância, determinar que a questão será revista pelo STJ.

A aplicação desses dispositivos deverá ser objeto de regulamentação pelo STJ e pelo STF em seus respectivos regimentos internos. De qualquer forma, analisaremos adiante algumas mudanças que podemos esperar em decorrência dos art. 1.032 e 1.033.

3. ART. 1.032 – O RESP NO STJ

Como já indicamos, de acordo com o art. 1.032, sempre que verificar que o REsp trata de matéria constitucional, o relator no STJ abrirá prazo para que a parte demonstre a repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Ou seja, esse prazo funciona como uma forma de aditamento do REsp para “transformá-lo” em RE.

O Regimento Interno do STJ já foi alterado para prever esse instituto. O art. 21-E, inciso IX, prevê que também caberá ao presidente do STJ adotar a medida de remeter ao STF quando verificar, antes da distribuição, que o REsp trata de matéria constitucional. O art. 34, inciso XXIII, do mesmo Regimento Interno trata da providência adotada pelo relator quando a verificação ocorre depois da distribuição. Superada essa questão, o relator ou o presidente do STJ enviará o recurso ao STF. Por sua vez, o STF pode entender que se trata de ofensa reflexa e, nesse caso, enviará o recurso de volta para o STJ, que deverá julgar o mérito da ofensa a lei federal ou tratado.

Como já dissemos, trata-se de instituto novo que terá papel fundamental em evitar um “vazio de prestação jurisdicional”. É razoável esperar que os detalhes do seu processamento sejam definidos pelo regimento interno dos tribunais superiores, mas certamente questões surgirão e serão dirimidas pela jurisprudência. No presente artigo, abordaremos dois pontos de questionamento desse novo instituto: (i) o art. 1.032 do NCPC é aplicável a REsp interpostos antes da vigência do NCPC?; e (ii) cabe agravo contra a decisão do relator do STJ que determina a providência do art. 1.032 do NCPC?

Sobre o primeiro ponto, vale lembrar que, em sessão realizada em 9 de março de 2016, o plenário do STJ editou o Enunciado Administrativo n. 2, transcrito a seguir:

Enunciado Administrativo n. 2

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o art. 1.032 do NCPC somente será aplicado aos REsp interpostos antes de 17 de março de 2016, data de vigência do NCPC, se pudermos concluir que esse dispositivo não trata de requisitos de admissibilidade dos REsp.

Até o advento do NCPC, era comum que os REsp que versassem sobre matéria constitucional **não fossem admitidos pelo STJ**. Sob esse ponto de vista, seria possível alegar que o art. 1.032 do NCPC trata de admissibilidade e, portanto, tal dispositivo somente deveria ser aplicado para REsp interpostos depois de 17 de março de 2016. Antes, os REsp não eram admitidos se tratassem de matéria constitucional, mas agora o art. 1.032 do NCPC remedia essa situação autorizando a emenda do recurso e a sua remessa ao STF. Discordamos dessa argumentação.

A nosso ver, o art. 1.032 do NCPC deveria ser aplicado imediatamente inclusive aos REsp interpostos antes de 17 de março de 2016, uma vez que **esse dispositivo não alterou os requisitos de admissibilidade do REsp**. Esse comando legal não determina que o relator do STJ receba e processe o REsp que trata de matéria constitucional, mas que o relator abra prazo para a parte emendar o recurso e, posteriormente, envie o recurso ao STF **para ser processado como RE, não REsp**.

O segundo ponto diz respeito à possibilidade de interpor agravo interno contra a decisão do relator no STJ que aplica o art. 1.032. O art. 1.021 do NCPC possibilita a interposição de agravo interno de forma genérica contra decisões proferidas pelo relator. Como dissemos, o Regimento Interno do STJ já foi atualizado para contemplar esse instituto e prevê o agravo. Caso a decisão seja tomada pelo presidente do STJ, então o agravo está previsto no art. 21-E, § 2º. Caso seja tomada pelo relator, o agravo está previsto no art. 259.

4. ART. 1.033 – O RE NO STF

O art. 1.033 estabelece que o STF, caso identifique que o RE trata de ofensa reflexa à Constituição, enviará esse recurso para ser julgado pelo STJ como REsp. Diferente do art. 1.032, o art. 1.033 não estabelece que providência caberá ao relator do RE no STF. Assim, é possível inferir que a providência do art. 1.033 caberá ao colegiado.

Caso essa conclusão se confirme, seja por inclusão de previsão no Regimento Interno do STF, seja pela jurisprudência, então não haverá discussão sobre o cabimento do agravo interno. Isso porque se a providência for adotada pelo colegiado, não cabe o agravo interno previsto no art. 1.021 do NCPC.

Um ponto que chama atenção é a situação em que a parte interpõe REsp e RE e o STJ julga improcedente o REsp no mérito, por entender que não houve ofensa a lei federal ou tratado. Posteriormente, caso o STF identifique que o RE trata de ofensa reflexa, resta saber se deveria aplicar o art. 1.033 e enviar o RE para ser julgado pelo STJ como REsp, mesmo já havendo decisão do STJ no mérito determinando que tal ofensa a lei federal ou a tratado não existe. Essa situação também não está prevista no NCPC e deve ser objeto dos Regimentos Internos do STF e do STJ.

5. A SÚMULA N. 126 DO STJ PERMANECE VÁLIDA?

Com o regime criado pelos art. 1.032 e 1.033 do NCPC, surge a questão sobre a aplicabilidade da Súmula n. 126 do STJ, editada em 9 de março de 1995 com a

seguinte redação: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte não manifesta recurso extraordinário”.

A princípio, entendemos que a Súmula n. 126 do STJ permanece válida, pois trata de situação diferente daquelas reguladas pelos art. 1.032 e 1.033 do NCPC. Como já discutimos, o objetivo dos referidos artigos é evitar um vazio na prestação jurisdicional, principalmente na situação em que o STJ não analisa a demanda da parte por entender que se trata de uma discussão constitucional, e o STF também não o faz por entender que a discussão trata de ofensa reflexa à Constituição.

Contudo, a Súmula n. 126 do STJ versa sobre situação em que o acórdão recorrido tem por base fundamentos legal e constitucional, qualquer deles suficiente para manter a decisão. Nesse caso, a parte ainda deve apresentar REsp e RE; os art. 1.032 e 1.033 não afastam essa necessidade. Sem dúvida, se a parte interpuser os dois recursos e o STJ entender que o REsp trata de discussão constitucional, então não aplicará a Súmula n. 126, mas o art. 1.032, e enviará o recurso ao STF.

Por outro lado, se a parte interpuser os dois recursos e o STJ entender que o REsp é cabível, então o julgará e enviará o RE para o STF. Se o STF entender que o RE não é cabível, por tratar de ofensa reflexa, então o enviará para o STJ (observadas as nossas considerações do item anterior). Mas se a parte não interpuser o REsp e o RE e o STJ entender que deveria ser interposto RE contra questão constitucional que sustenta o acórdão recorrido, então o STJ ainda pode aplicar a Súmula n. 126 e não admitir o REsp.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, podemos concluir que:

- i. Os art. 1.032 e 1.033 são mecanismos de extrema importância, pois criam um regime que evita o vazio jurisdicional, principalmente na situação em que o STJ não analisa a demanda da parte por entender que se trata de uma discussão constitucional, e o STF também não o faz por entender que a discussão trata de ofensa reflexa à Constituição.
- ii. Os artigos 1.032 e 1.033 não tratam de fungibilidade recursal, pois o NCPC não atribui ao relator no STJ ou à turma (ou plenário) no STF a avaliação sobre a existência de dúvida objetiva ou erro grosseiro na interposição dos recursos. Uma vez constatada uma das hipóteses dos art. 1.032 e 1.033, eles devem ser aplicados, aproveitando-se o recurso da parte, para que o mérito seja resolvido pelo STJ ou pelo STF.

- iii. Nos termos do art. 1.032 do NCPC, sempre que verificar que o REsp trata de matéria constitucional, o relator no STJ abrirá prazo para que a parte demonstre a repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.
- iv. Nos termos do parágrafo único do art. 1.032 do NCPC, o STF pode entender que o recurso enviado pelo STJ com base no *caput* trata de ofensa reflexa à Constituição e, nesse caso, enviará o recurso de volta para o STJ, que deverá julgar o mérito da ofensa a lei federal ou tratado.
- v. O art. 1.032 deve ser aplicado para REsp interpostos antes e depois da entrada em vigência do NCPC (17 de março de 2016), não se aplicando o Enunciado Administrativo n. 2 do plenário do STJ a esse dispositivo.
- vi. Cabe agravo interno (art. 1.021 do NCPC) contra a decisão do presidente ou relator no STJ que aplica o art. 1.032.
- vii. O art. 1.033 estabelece que o STF, caso identifique que o RE trata de ofensa reflexa à Constituição, enviará esse recurso para ser julgado pelo STJ como REsp. A princípio, é possível entender que essa determinação cabe ao colegiado do STF.
- viii. Os art. 1.032 e 1.033 não afastam a aplicação da Súmula n. 126 do STJ.

A IMPORTÂNCIA DO *AMICUS CURIAE* NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Cristiane Romano

Vívian Cintra Athanazio Leal

1. INTRODUÇÃO

A despeito das inúmeras concepções e definições da expressão *amicus curiae* no direito comparado, no direito brasileiro o instituto é conceituado como forma de atuação processual de um terceiro que objetiva contribuir de forma relevante para determinado assunto, apresentando “informações técnicas acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo legal ou, ainda, defender os interesses dos grupos por ele representados, no caso de serem, direta ou indiretamente, afetados pela decisão tomada”.¹

Não por outra razão, ao longo dos últimos anos, a figura do *amicus curiae* se consolidou como relevante instrumento de participação nos debates que ocorrem no judiciário, principalmente perante os tribunais superiores, nos quais a conformação e a evolução do instituto se deu de forma mais evidente em razão da intensidade da sua adoção, por força dos efeitos e do alcance das decisões proferidas por tais órgãos.

Tendo isso em consideração ao analisar a figura do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode perder de vista a relação entre a atual conformação do instrumento processual e a sua intensa utilização perante o Supremo

1 MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010. p. 17.

Tribunal Federal (STF), que contribuiu sobremaneira para o desenvolvimento da modalidade de atuação definindo os critérios de admissibilidade, o papel da atuação e os poderes que podem ser exercidos pelos *amici curiae* nos processos que veiculam relevantes questões políticas, sociais e econômicas.

A par das polêmicas doutrinárias que circundam o tema, a título introdutório, é importante destacar as consequências e as funções da admissão de *amicus curiae*. É assente que uma das funções da intervenção é “fornecer ao magistrado elementos relevantes que possam auxiliar na formação de seu convencimento”,² além de esclarecer e suscitar questões de índole técnica, cultural, social e jurídica capazes de fomentar e enriquecer o debate. Nessa esteira, a intervenção do *amicus curiae* pode ser definida como a modalidade de atuação que objetiva o alcance “de uma decisão que leve em consideração interesses dispersos na sociedade civil e no próprio Estado (interesses institucionais) que, de alguma forma, serão afetados pelo que vier a ser decidido no processo em que se dá a intervenção”.³

Ou seja, é inegável que o *amicus curiae* propicia, ao menos em tese, a veiculação de pontos de vista que não seriam analisados pelo judiciário na tomada de determinada decisão caso não houvesse a manifestação de terceiros detentores de conhecimentos, dados e informações que não estão à disposição imediata das partes e, consequentemente, não foram devidamente expostos nos autos. Com efeito, o *amicus curiae* desempenha importante papel no sentido de enriquecer e viabilizar o debate amplo, plural e até mesmo democrático das questões que afetam a sociedade, direta ou indiretamente.

Em razão de afetar diretamente as escolhas e as diretrizes econômicas, o direito tributário – um dos focos do presente artigo – é uma das matérias que, historicamente, mais suscitam pedidos de intervenção como *amicus curiae* no STF, em processos de controle concentrado e incidental de inconstitucionalidade. A utilização do instituto em matéria tributária se tornou ainda mais frequente após o advento da repercussão geral e tende a crescer cada vez mais, em razão da força conferida aos precedentes pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC). Isso porque tivemos o advento de institutos e ferramentas processuais, como a repercussão geral e

2 ALVES, Tatiana Machado. Primeiras questões sobre o *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 256, p. 89-118, jun. 2016. p. 1.

3 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 749.

os Recursos Extraordinários (RE) e os Recursos Especiais (REsp) repetitivos, que têm o condão de identificar e extrair teses repetidamente aventadas como forma de racionalizar e uniformizar o sistema, por meio da observância das decisões prolatadas pelos tribunais superiores.

Nesse contexto, na maioria das vezes, os contribuintes deparam com a situação de ter um tema de extrema relevância veiculado por um único *leading case*, cuja decisão será, em tese, aplicável a todos os demais processos que tratem da matéria, sedimentando a discussão do tema pelo judiciário. Assim, mais do que nunca, ganha enorme relevo a mobilização de associações e confederações, bem como das outras entidades e órgãos representativos juridicamente legitimados para levar ao conhecimento dos tribunais as questões que afetam a discussão e devem ser consideradas pelo judiciário na solução de determinado tema.

Portanto, considerada a importância do instituto e da modalidade de intervenção do *amicus curiae*, discorreremos, ainda que brevemente, acerca do histórico de sua evolução na legislação, que culminou nas atuais conformações, principalmente em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Posteriormente, serão abordados aspectos importantes, tendo em vista a jurisprudência do STF, bem como as inovações do NCCPC. Por fim, será demonstrada a importância da utilização adequada do instituto em relação às matérias tributárias, tão caras ao desenvolvimento econômico, social e político do país.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PREVISÃO LEGISLATIVA DA PARTICIPAÇÃO DO *AMICUS CURIAE*

A Lei n. 9.868/1999, que rege o procedimento de controle concentrado de constitucionalidade, em seu art. 7º,⁴ veda a intervenção de terceiros, mas permite que, a critério do relator, considerada a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, seja admitida a manifestação de outros órgãos ou entidades. Nas palavras de Branco e Mendes,⁵ “trata-se de providência que confere caráter

4 “Art. 7º. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 1º (VETADO) § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

5 BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1134.

pluralista e democrático (CF/88, art. 1º, parágrafo único) ao processo objetivo de controle de constitucionalidade”.

Para o que interessa ao presente trabalho, o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), em seu art. 543-A, § 6º,⁶ também admitia, no âmbito da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do STF. O referido Regimento Interno prevê, no § 3º do seu art. 323,⁷ que o relator, mediante decisão irrecorrível, poderá admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral.

O NCPC manteve, no § 4º do seu art. 1.035,⁸ a previsão expressa da intervenção de terceiros na análise da repercussão geral. Nesse ponto, é pertinente consignar que os pedidos de ingresso como *amicus curiae* costumam ser feitos apenas após o reconhecimento da repercussão geral da matéria e não no momento anterior à análise de tal requisito pelo plenário virtual ou físico do STF. Não obstante, seria de enorme valia e contribuição que os pedidos fossem feitos e admitidos em momento anterior à citada deliberação, até mesmo para reforçar a necessidade do reconhecimento ou não da repercussão geral de determinada matéria.

A par dos diplomas processuais supracitados, outras leis especiais também preveem a manifestação de terceiros.⁹ Contudo, deve -se ter em mente que a utilização

6 “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). [...] § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).”

7 “Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral. [...] § 3º Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral.”

8 “Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. [...] § 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

9 Nesse sentido, o art. 31 da Lei n. 6.385/1976 prevê a participação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). O art. 89 da revogada Lei n. 8.884/1994 (antiga Lei Antitruste) previa a participação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) nos processos que tratavam de direito da concorrência. Atualmente, tal previsão consta no art. 118 da Lei n. 12.529/2011.

da expressão *amicus curiae* somente foi positivada no art. 138 do NCPC,¹⁰ constante do seu Capítulo V, apesar das discussões doutrinárias e jurisprudenciais que circundam a qualificação ou não do *amicus curiae* como terceiro.¹¹ Não obstante, o referido dispositivo prescreve que o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 dias de sua intimação.¹²

Do anteprojeto do NCPC, extrai-se que a previsão do *amicus curiae* teve por base a necessidade de conferir ao magistrado elementos técnicos que privilegiem e possibilitem decisões mais alinhadas com a realidade, admitindo-se, ainda, que os julgadores não são detentores de todos os conhecimentos que eventualmente importem para a resolução de determinada questão. Nesse sentido, confira o seguinte trecho do anteprojeto do NCPC:

-
- 10 “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.”
- 11 Sobre isso, Câmara esclarece que “O CPC trata de seu ingresso no processo como intervenção de terceiro, e isto se justifica em razão do perfil que o *amicus curiae* veio, ao longo do tempo, passando a ter no direito brasileiro” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *A intervenção do amicus curiae no Novo CPC*. 2015. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/23/a-intervencao-do-amicus-curiae-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 14 out. 2016). Para Dinamarco, “verdadeiro *amicus curiae* seria somente aquele que o juiz ou tribunal convocasse por iniciativa própria, e não esses verdadeiros assistentes” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2016. v. 1. p. 59).
- 12 Bueno bem relembra que tal prazo “só tem sentido nos casos em que é o magistrado quem toma a iniciativa da convocação. São os casos de ‘intervenção provocada’, portanto” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no Projeto de novo Código de Processo Civil*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 48, n. 190, t. 1, p. 111-121, abr./jun. 2011. p. 118).

Por outro lado, e ainda levando em conta a qualidade da satisfação das partes com a solução dada ao litígio, previu-se a possibilidade da presença do *amicus curiae*, cuja manifestação, com certeza tem aptidão de proporcionar ao juiz condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do país. Criou-se regra no sentido de que a intervenção pode ser pleiteada pelo *amicus curiae* ou solicitada de ofício, como decorrência das peculiaridades da causa, em todos os graus de jurisdição. Entendeu-se que os requisitos que impõem a manifestação do *amicus curiae* no processo, se existem, estarão presentes desde o primeiro grau de jurisdição, não se justificando que a possibilidade de sua intervenção ocorra só nos Tribunais Superiores. Evidentemente, todas as decisões devem ter a qualidade que possa proporcionar a presença do *amicus curiae*, não só a última delas.

A doutrina, nesse ponto, muito bem anotou que, em razão da importância e do papel da intervenção em comento, o NCPC “ampliou o seu cabimento para todas as instâncias e procedimentos, desde que a relevância da matéria, a especificidade do tema e a repercussão social da controvérsia façam necessária a participação do *amicus curiae*”.¹³

Apesar de toda a riqueza e a amplitude do tema atinente à figura do *amicus curiae*, para a finalidade ora proposta, qual seja, analisar o instituto no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade em matéria tributária, mostra-se pertinente e útil a análise conjunta da jurisprudência do STF, da Lei n. 9.868/1999 e do NCPC.

3. ANÁLISE DA INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE*

Os pressupostos gerais de intervenção do *amicus curiae* foram expressamente definidos no *caput* do art. 138 do NCPC. São eles: relevância da matéria, especificidade do tema ou repercussão social da controvérsia, combinados com a representatividade adequada do requerente.

Para Bueno,¹⁴ “embora os pressupostos possam (e tendam) a aparecer conjuntamente, não há óbice para que a intervenção do *amicus curiae* legitime-se a

13 RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira. As intervenções de terceiros no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 257, p. 109-124. jul. 2016. p. 6-7.

14 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 179.

partir da ocorrência de apenas um deles”. Tal entendimento auxilia, por exemplo, a compreensão de que até mesmo pessoas naturais podem ser admitidas como *amici curiae*, como previu expressamente o art. 138 do NCPC. Na verdade, para o referido diploma processual, parece imperar o bom senso e a discricionariedade do magistrado, o que pode culminar na falta de uniformidade das decisões de admissibilidade, conforme será exposto adiante.

Essa discricionariedade do relator também existe no processo de controle concentrado de constitucionalidade, pois, “talvez em decorrência do universo demasiado amplo dos possíveis interessados, tenha pretendido o legislador ordinário outorgar ao relator alguma forma de controle quanto ao direito de participação dos milhares de interessados no processo”.¹⁵ Com isso em vista, o deferimento ou não do pedido de intervenção fica ao critério do magistrado, que, entretanto, não está dispensado de embasar e expor as razões de aceitar ou, principalmente, negar a intervenção de terceiros, nos termos do § 1º do art. 489 do NCPC,¹⁶ que estabelece o dever de fundamentação dos provimentos judiciais.

Em razão da discricionariedade, Bueno¹⁷ entende que a decisão que admite ou solicita a intervenção de *amicus curiae* é irrecorrível. Por outro lado, sustenta o cabimento de recurso nos casos de indeferimento de intervenção. Para o referido autor, incide, nessa última hipótese, a regra genérica prevista no inciso IX do art. 1.015¹⁸ do NCPC – agravo de instrumento – ou, caso as decisões sejam

15 BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1251.

16 “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

17 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

18 “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: [...] IX – admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; [...]”

proferidas no âmbito dos tribunais, as disposições do art. 1.021¹⁹ do mesmo diploma – agravo interno.

O cabimento de recursos em face das decisões que indeferem a intervenção de *amicus curiae* é algo que poderia ter sido resolvido com uma melhor redação do art. 138 do NCPC. O texto que hoje vigora não deixa claras a extensão e as hipóteses de cabimento de recursos. A preocupação em relação a esse ponto chegou a ser aventada nos debates que culminaram no NCPC. Conforme se extrai do anteprojeto, foi levantada a necessidade de que “a admissibilidade do *amicus curiae* não seja apenas pelo relator em decisão irrecorrível que não pode ser levada à frente. Deve haver previsão de recurso, pois a Constituição não previu em contrário”.

Há divergências e questões ainda carentes de definição, no âmbito da própria jurisprudência do STF, acerca do cabimento de recursos, no caso, agravo interno ou agravo regimental, em face da decisão que indefere a intervenção de *amicus curiae* em processo de controle concentrado de constitucionalidade. Apenas a título ilustrativo, é pertinente citar os debates travados quando do julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5022. Na ocasião, o Ministro Celso de Mello afirmou que a jurisprudência do STF “orienta-se no sentido de reconhecer a possibilidade de interposição de recurso de agravo, sempre que o Relator da causa negar pedido de ingresso, como ‘amicus curiae’, de entidade interessada em processo de controle normativo abstrato” (ADI n. 5022 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em: 18 dez. 2014, DJe: 6 mar. 2015, publicado em: 9 mar. 2015). Em sentido diverso, o Ministro Marco Aurélio consignou:

É interessante, Presidente, a distinção feita pelo ministro Celso de Mello, tendo em conta que, de início, qualquer decisão contrária ao interesse da parte – parte gênero – desafia, considerado o Regimento Interno, o recurso. Mas o Regimento Interno, na matéria, foi suplantado pela Lei nº 9.868/99, já que, no § 2º do artigo 7º, na exceção quanto à admissibilidade de terceiro, a decisão é apontada como irrecorrível – leia-se “decisão” e não “despacho», porque despacho não é recorrível –, quando admitida. Em caso contrário, é recorrível.

19 “Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.”

No âmbito do mesmo debate, é interessante verificar, ainda, a fala do Ministro Luiz Fux, que citou o ponto como uma preocupação que o NCPC supostamente resolveria:

A razão de ser do *amicus curiae*, como o próprio nome indica, é de fornecer subsídios à Corte em relação ao segmento em que esse *amicus curiae* funciona. Então, ele não é parte, ele pode não ter interesse jurídico na lide, mas ele é um amigo da Corte.

Então, a ideia do *amicus curiae* não é uma ideia de intervenção de terceiros. Na realidade, se o Tribunal entende que ele não tem nada a contribuir com a Corte pode inadmiti-lo. E a decisão do Tribunal, ele também, teoricamente, não poderia nem recorrer. Ele tem que auxiliar a Corte: ou auxilia ou não auxilia, a critério da Corte. Então, não caberia nem recurso. Mas como a gente se curva à jurisprudência da Corte, temos admitido, aí, essa recorribilidade, que é até uma anomalia, porque o *amicus curiae*, pelo que consta da lei, ele tem que atuar na área de especialidade dele, conforme a lei indica, que pode ser amigo da Corte, em razão da natureza da matéria. Então, sempre se imagina uma entidade científica, uma entidade de classe que tem conhecimento sobre aquele segmento que está sendo objeto de algum questionamento, mas nunca matéria jurídica. Então, já se viu aqui pedido de *amicus curiae*, porque o escritório se diz especialista naquele tema tributário. Isso não é possível.

Então, a figura do *amicus curiae* está mal enxergada aí pela doutrina, mas o Código vai procurar esclarecer um pouco isso.

Ou seja, o cabimento ou não de recursos contra a decisão que indefere a participação de *amici curiae* em processos de controle concentrado de constitucionalidade ainda suscita debates e questionamentos perante o STF. Ademais, tais discussões tendem a ser retomadas, mesmo após o advento do NCPC, que não resolveu adequadamente a questão do cabimento ou não de recursos contra a decisão que não admite a intervenção.

Exemplo das novas reflexões jurisprudenciais sobre o cabimento de irresignação quando em jogo a intervenção de *amici curiae* é a seguinte decisão, também da lavra do Ministro Marco Aurélio, na qual assentada a impossibilidade de recurso contra a decisão que admite a intervenção e a viabilidade de insurgência contra o indeferimento do ingresso:

Descabe recurso contra o acolhimento de intervenção. O artigo 138 do Código de Processo Civil estabelece parâmetros e confere discricionariedade ao relator para solicitar e admitir a participação de terceiros, possibilitando a irresignação apenas contra pronunciamento em que indeferido pedido dessa natureza. (RE n. 748543 ED, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em: 12 jun. 2018, DJe: 15 jun. 2018, publicado em: 18 jun. 2018)

Não obstante a existência de dúvidas em relação ao ponto, há de se concordar com a posição de Medina,²⁰ que bem esclarece não existir um direito subjetivo ao ingresso em determinada demanda ou tema como *amicus curiae*, estando o deferimento de tal pedido submetido à discricionariedade do magistrado responsável.²¹ Isso não significa, contudo, que a decisão que aprecia o pedido de ingresso não careça de fundamentação ou que não existam critérios mais ou menos objetivos para se chegar à conclusão pela viabilidade ou não do ingresso do postulante como *amicus curiae*, conforme será exposto adiante.

3.1 Requisitos para a intervenção e poderes de *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade

Da análise das decisões do STF e das disposições da Lei n. 9.868/1999, conclui-se que a postulação do ingresso como *amicus curiae* deve ser analisada sob diversos aspectos. Contudo, de uma forma geral, há a necessidade da demonstração dos seguintes requisitos para a admissão de *amici curiae* em processo de controle concentrado: relevância da matéria, representatividade e conveniência, entendida como a demonstração da pertinência da participação do requerente a partir da sua efetiva capacidade de contribuir para a formulação do convencimento da corte.

Além disso, há entendimento no sentido de que o postulante não pode se limitar a demonstrar a existência de um mero interesse direto no resultado do julgamento. É necessário deixar claro de que maneira e em qual extensão pode efetivamente contribuir para o alcance da melhor interpretação constitucional pelo STF. Por isso, é comum falar-se em necessidade de demonstração de interesse

20 MEDINA, Damares. *Amicus curiae*: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010.

21 No mesmo sentido, a Ministra Rosa Weber assentou: “A regência normativa do instituto desautoriza falar, pois, em direito subjetivo do requerente à habilitação nessa condição” (ADI n. 5224 Amicus, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em: 12 abr. 2016, DJe: 19 abr. 2016, publicado em: 20 abr. 2016).

institucional, que “não pode ser confundido (em verdade, reduzido) ao interesse jurídico que anima as demais intervenções de terceiro”.²²

De uma maneira geral, aceitam-se entidades de âmbito nacional; vale dizer, deve estar presente a representatividade de um segmento relevante para a sociedade, disseminado geograficamente pelo país. Entretanto, isso não exclui a admissibilidade das entidades que representam interesses geograficamente concentrados²³ que guardem pertinência com o tema em debate. Isso porque, além da ampla representatividade, também deve ser considerada a pertinência da atuação do postulante com a matéria em julgamento. Nesse sentido, deve-se comprovar, por exemplo, que a conclusão sobre a discussão travada afetará o setor que a entidade representa. Tanto é assim que daí decorre também a necessidade de que seja demonstrada a possibilidade de o postulante fornecer valiosa contribuição para o desate da questão posta em debate.²⁴

Dentro do requisito da representatividade, deve-se ainda considerar a relevância do tema em discussão sob o ponto de vista jurídico, social, político ou econômico. Entende-se que matérias trabalhistas, tributárias, previdenciárias, bem como

22 BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 180.

23 A Associação das Indústrias e Empresas de Serviços do Polo Industrial do Amazonas (Aficam) e a Federação das Indústrias do Estado do Amazonas (Fieam), por exemplo, foram admitidas como *amicus curiae* no RE n. 592891, que veicula o Tema 322 (Creditamento de Imposto sobre Produtos Industrializados na entrada de insumos provenientes da Zona Franca de Manaus) da repercussão geral.

24 Exemplo da necessidade da demonstração desses requisitos consta em decisão proferida pelo Ministro Teori Zavascki, que deferiu o ingresso do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) como *amicus curiae*. Veja-se: “o Instituto Brasileiro de Direito Processual possui adequada representatividade para manifestação na causa e, além disso, demonstrou haver pertinência temática entre suas finalidades institucionais e a controvérsia dos autos. Além de ter em seu objeto social o estudo do Direito Processual e a colaboração com instituições (art. 3º do Estatuto Social), trata-se de entidade que possui representatividade na sua área de atuação. Ainda, cabe à entidade requerente a demonstração da utilidade de sua colaboração processual de modo a afirmar a singularidade das suas atuações institucionais para o debate da questão constitucional posta em debate. A mera manifestação de interesse em colaborar com o Tribunal, sem a apresentação de qualquer subsídio fático ou jurídico representativo para o julgamento da questão constitucional, não justifica a habilitação na condição de “*amici curiae*”. No caso, a requerente também esclareceu a maneira pela qual pode contribuir para, de forma complementar às razões já presentes nos autos, o debate constitucional sub judice, sem atuar como assistente de parte e sem interesse jurídico direto no julgamento da causa” (ADI n. 3695, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em: 9 abr. 2014, DJe: 11 abr. 2014, publicado em: 14 abr. 2014).

as que afetam os direitos fundamentais, devem necessariamente estar entre aquelas nas quais deve ser quase obrigatória e mandatória a aceitação do ingresso de *amici curiae*, em razão de impactarem diretamente grande parte da sociedade e dos setores da economia.

Em relação às características que qualificam determinada entidade a intervir no processo de controle concentrado como *amicus curiae*, já identificamos que o advento do NCPC trouxe alguns impactos nas decisões, a depender do ministro que está a analisar o pedido. O Ministro Edson Fachin, por exemplo, já consignou em decisões proferidas após o novo diploma processual a necessidade de uma “leitura integrativa” entre as disposições da Lei n. 9.868/1999 e o NCPC, inclusive em sede de controle concentrado de constitucionalidade, sugerindo a revisão de determinadas posições do tribunal. Veja-se:

De qualquer sorte, consoante disposto no art. 7º, §2º da Lei 9.868/1999, nesse ponto em recomendável leitura integrativa com o art. 138, caput, do CPC, duas balizas se fazem necessárias para a sua admissão. De um lado, tem-se a necessidade de relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia. De outro, a representatividade adequada do *amicus curiae*. (ADI n. 4753, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em: 27 set. 2016, DJ: 28 set. 2016, publicado em: 29 set. 2016)

O vigente Código de Processo Civil inovou ao incorporar ao ordenamento jurídico nacional regramento geral para o instituto no âmbito da jurisdição civil. É extremamente salutar que a Corte reflita com vagar sobre as vascularidades existentes entre o regramento das ações de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal e o Processo Civil em geral, especialmente no que diz respeito à legitimidade recursal, etc. (ADI n. 5543, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em: 16 set. 2016, DJe: 20 set. 2016, publicado em: 21 set. 2016)

Por outro lado, o referido ministro também suscitou a necessidade da observância de outros dois requisitos: “interesse técnico-jurídico” e “pertinência”, ao indeferir o ingresso da Federação Nacional dos Sindicatos de Empresas de Recursos Humanos, Trabalho Temporário e Terceirizado (FENASERHTI) em ADI que discutia a inconstitucionalidade de norma sobre carga horária de bombeiro civil. Veja-se:

Verifica-se, pois, em que pese a representação relevante para o seguimento de empresas de recursos humanos, trabalhadores temporários e terceirizados,

a atuação da FENASERHTT, na acepção técnico-jurídico, não guarda relação direta com o objeto da presente ação, de forma que não se configuram os requisitos legais, nos termos do art. 138, caput, do CPC e 7º, §2º, da Lei 9.868/1999 – interesse técnico-jurídico e a pertinência – exigidos para a sua admissão como *amicus curiae* na presente ação. Ante o exposto, indefiro o pedido de reconsideração. (ADI n. 4842, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em: 13 set. 2016, DJe: 15 set. 2016, publicado em: 16 set. 2016)

Tal entendimento, contudo, tem sido elástico a depender da relevância do caso sob julgamento. A título de exemplo, o próprio Ministro Edson Fachin admitiu o Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília (CADI/UnB) como *amicus curiae* na ADI n. 5543, que impugna o art. 34, inciso IV, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e o art. 25, inciso XXX, alínea “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) n. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), os quais dispõem sobre a inaptidão temporária de indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo para realizar doação sanguínea nos 12 meses subsequentes a tal prática. A admissão ocorreu mesmo não tendo sido adequadamente delineada a existência de pertinência temática entre os objetivos de um centro acadêmico e o objeto da ADI, que, apesar de tratar de tema sensível à sociedade e aos direitos humanos, reclamaria, a bem da verdade, a manifestação de entidades e profissionais mais técnicos ou verdadeiramente militantes na defesa dos direitos envolvidos.

Da mesma maneira, demonstrando a possibilidade da mitigação dos requisitos anteriormente expostos, o Ministro Roberto Barroso admitiu o ingresso de uma empresa como *amicus curiae* nos autos de RE cuja matéria tem repercussão geral reconhecida, dado o impacto da decisão no universo de mais de 7 mil empregados, nos seguintes termos:

1. Indefiro o pedido de admissão como *amicus curiae* formulado por pessoas físicas às fls. 1246-1256, por ausência de representatividade dos postulantes.
2. Por outro lado, com base no art. 317, § 2º, do RI/STF, reconsidero a decisão de fls. 876/877 e admito como *amicus curiae* a Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda., considerando, para tanto, suficiente a afirmação de que “sua representatividade decorre da circunstância de ter implementado Programa de Demissão Voluntária desde 1990, sendo certo que, considerando apenas as adesões a partir do ano de 2003, possui aproximadamente 7.200 (sete mil e duzentos) empregados em tal condição, o que

gerou uma despesa na ordem de 1 bilhão de reais, bem como centenas/milhares de processos que discutem a matéria” (fls. 891). (RE n. 590415, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em: 18 mar. 2015, DJe: 24 mar. 2015, publicado em: 25 mar. 2015).”

A mesma providência foi recentemente adotada pelo Ministro Marco Aurélio nos autos do RE paradigma do Tema 906 de repercussão geral. Confira-se:

2. O Supremo reconheceu a repercussão geral da matéria alusiva à incidência, ou não, do Imposto sobre Produtos Industrializados em fases sequenciais ao desembaraço aduaneiro da mercadoria e quando da venda interna do produto. O processo a envolver o recurso da requerente foi suspenso. O entendimento a ser adotado pelo Plenário repercutirá na relação jurídica mantida pela petionária, considerada a suspensão. O quadro mostra-se favorável ao acolhimento do pedido.

3. Admito a W Sul Distribuição e Importação de Motopeças e Bicipeças Ltda. como terceira interessada no processo, recebendo-o no estágio em que se encontra. (RE n. 946648, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em: 8 jun. 2018, DJe: 13 jun. 2018, publicado em: 14 jun. 2018)

Há ainda exemplos de decisões mais restritivas e menos analíticas das condições de admissibilidade,²⁵ que parecem estar mais apegadas às disposições da Lei n. 9.868/1999, citando como requisitos a “relevância da matéria debatida”, a “representatividade do postulante” e a “conveniência e pertinência de ouvir a entidade”. Nesse sentido, é importante salientar que o Ministro Celso de Mello parece aderir à corrente que sustenta a ausência ou a mínima interferência das disposições do NCPC às regras do processo de controle concentrado de constitucionalidade, no tocante à admissibilidade de ingresso de *amici curiae*. Veja-se:

tratando-se de processo objetivo de controle normativo abstrato, que possui regras próprias sobre a questão ora em exame (Lei n.º 9.868/99, art. 7.º, § 2.º), torna-se inviável, por isso mesmo, o ingresso de pessoas físicas, diferentemente do que sucede com os processos de perfil subjetivo, em cujo âmbito

25 Nesse sentido: ADI n. 4851, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em: 17 maio 2016, DJe: 20 maio 2016, publicado em: 23 maio 2016; ADI n. 5224 Amicus, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em: 12 abr. 2016, DJe: 19 abr. 2016, publicado em: 20 abr. 2016; ADPF n. 366, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em: 2 mar. 2016, DJe: 4 mar. 2016, publicado em: 7 mar. 2016.

incide, plenamente, a norma inscrita no art. 138 do novo Código de Processo Civil. (ADI n. 5430 MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em: 9 jun. 2016, DJe: 13 jun. 2016, publicado em: 14 jun. 2016)

Portanto, apenas em um pequeno apanhado de decisões do STF fica patente a existência de grandes e relevantes divergências quanto à aceitação dos *amici curiae*. Tudo leva a crer que, em breve, na linha das sugestões do Ministro Edson Fachin, o STF terá de definir os impactos do art. 138 do NCPC ao processo de controle concentrado de constitucionalidade, a fim de evitar vozes dissonantes no tocante à admissibilidade da intervenção de *amicus curiae*.

Nas decisões analisadas, parece haver ainda uma tendência de que em processo de controle concentrado de constitucionalidade prevaleçam as disposições da Lei n. 9.868/1999, sendo o NCPC utilizado subsidiariamente no tocante à definição dos requisitos para o ingresso do *amicus curiae*. Tal posição encontra respaldo na doutrina que sustenta a aplicação subsidiária do NCPC aos procedimentos regulados por leis especiais,²⁶ como é o caso da Lei n. 9.868/1999.

Apesar disso, o advento do NCPC, com disposições expressas acerca do instituto, representa uma excelente oportunidade para o STF uniformizar seu entendimento acerca dos requisitos para admissão de *amici curiae* em todos os processos de sua competência.

Da jurisprudência do STF também se extraem outros detalhes importantes no tocante à análise dos pedidos de ingresso como *amicus curiae*. Apesar da ausência de previsão legal específica em relação ao prazo para manifestação,²⁷ em regra, os ministros do STF aceitam pedidos de ingresso formulados até o momento anterior à liberação do processo para julgamento. Ou seja, em regra são aceitos os pedidos formulados antes da finalização da elaboração do voto do relator.

Tal posição foi extraída e reiterada após o pronunciamento do plenário do STF nos autos da ADI n. 4071,²⁸ sob o fundamento de que “o relator, ao encami-

26 Nesse sentido, ao tratar das diversas previsões legais da participação de terceiros, Talamini entende que “o art. 138 do CPC/2015 aplica-se a todas elas subsidiariamente” (TALAMINI, Eduardo. *Amicus curiae no CPC/15*. 1 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,-MI234923,71043-Amicus+curiae+no+CPC15>>. Acesso em: 14 out. 2016).

27 O § 1º do art. 7º da Lei n. 9.868/1999 fazia referência ao prazo de manifestação, mas acabou sendo vetado.

28 “4. O *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta” (ADI n. 4071 AgR, Rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em: 22 abr. 2009, DJe: 15 out. 2009, publicado em: 16 out. 2009).

nhar o processo para a pauta, já teria firmado sua convicção, razão pela qual os fundamentos trazidos pelos *amici curiae* pouco seriam aproveitados, e dificilmente mudariam sua conclusão”.²⁹ Também foi aventado o argumento de que permitir a intervenção desenfreada de *amici curiae* às vésperas da sessão poderia implicar um prejuízo ao próprio julgamento, comprometendo sua celeridade e sua viabilidade.

Entretanto, em diversas ocasiões já foram afirmadas importantes exceções a essa regra, tendo sido admitidos, inclusive, *amici curiae* após o início do julgamento. Uma das hipóteses interessantes, que merece destaque, é a admissibilidade de *amicus curiae* após a liberação do processo para julgamento, a fim de que haja o cumprimento da sustentação das teses contrapostas ou em razão da inequívoca importância da manifestação do requerente.³⁰ Essa conclusão é importante para a própria preservação dos objetivos do instituto, que visa pluralizar e ampliar os debates.

Ademais, é inequívoco que a atuação de *amici curiae* na defesa de determinado posicionamento influencia positivamente³¹ o resultado do julgamento. Por essa razão, há de se priorizar, tanto quanto possível, a atuação de *amici curiae* na defesa das diversas teses e posições possíveis de adoção no caso, visando alcançar a melhor interpretação constitucional. Tendo tudo isso em consideração, “é possível [...] cogitar de hipóteses de admissão e *amicus curiae* fora do prazo das informações na ADI [...], especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa”.³²

Outro requisito processual que também foi construído a partir da jurisprudência do STF diz respeito à necessidade de procuração com poderes específicos para que os patronos efetuem o protocolo de pedido de ingresso como *amicus curiae*.³³ Ademais, é consenso que, dentre os poderes conferidos aos *amici curiae* admitidos

29 Trecho do Informativo n. 543/STF.

30 Um exemplo dessa solução é a decisão proferida nos autos do RE n. 560900, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em: 27 abr. 2016, DJe: 2 maio 2016, publicado em: 3 maio 2016.

31 No ano de 2010, Damares Medina publicou um interessante estudo acerca da influência da atuação dos *amici curiae* perante o STF. Os resultados demonstraram, empiricamente, a importância que o instituto já detinha àquela época, pois “o *amicus curiae* influencia o processo de tomada de decisão do STF, aumentando as chances de êxito do polo processual que recebe o seu apoio” (MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010. p. 157).

32 BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1135.

33 Nesse sentido, cita-se decisão proferida na ADI n. 4711, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em: 2 out. 2013, DJe: 11 out. 2013, publicado em: 14 out. 2013.

perante o STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, há de se destacar a possibilidade de apresentação de manifestação em autos, memoriais, solicitações de audiências com os ministros e, talvez o mais importante e marcante, a sustentação oral.

Sobre a evolução do entendimento do STF no tocante à sustentação oral, é pertinente esclarecer o seguinte:

Quanto à atuação do *amicus curiae*, após ter entendido que ela haveria de limitar-se à manifestação escrita, houve por bem o Tribunal admitir a sustentação oral por parte desses peculiares partícipes do processo constitucional. Em 30-3-2004, foi editada Emenda Regimental, que assegurou aos *amici curiae*, no processo de ADI, o direito de sustentar oralmente pelo tempo máximo de quinze minutos, e, ainda, quando houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, pelo prazo contado em dobro. Essa nova orientação parece acertada, pois permite, em casos específicos, que a decisão na ação direta de inconstitucionalidade seja subsidiada por novos argumentos e diferentes alternativas de interpretação da Constituição.³⁴

A atual redação do Regimento Interno do STF (art. 131³⁵ e 132³⁶) dispõe que os *amici curiae* admitidos em processo de controle concentrado de constitucionalidade podem realizar sustentação oral e, existindo mais de um terceiro admitido, o tempo regimental de 15 minutos será dobrado e dividido entre os inscritos. Também nesse ponto o Regimento Interno reforça a necessidade de atuação

34 BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1135.

35 “Art. 131. Nos julgamentos, o Presidente do Plenário ou da Turma, feito o relatório, dará a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente, peticionário ou impetrante, e ao réu, recorrido ou impetrado, para sustentação oral. § 1º O assistente somente poderá produzir sustentação oral quando já admitido. § 2º Não haverá sustentação oral nos julgamentos de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar. § 3º Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do art. 132 deste Regimento. § 4º No julgamento conjunto de causas ou recursos sobre questão idêntica, a sustentação oral por mais de um advogado obedecerá ao disposto no § 2º do art. 132.”

36 “Art. 132. Cada uma das partes falará pelo tempo máximo de quinze minutos, excetuada a ação penal originária, na qual o prazo será de uma hora, prorrogável pelo Presidente. [...] § 2º Se houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo, que se contará em dobro, será dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente entre eles não se convencionar.”

coordenada e organizada dos terceiros, principalmente na disposição do tempo disponível perante a tribuna.

O art. 138 do NCPC, além de expressamente positivizar a figura do *amicus curiae* como uma das hipóteses de intervenção de terceiros, também estabeleceu, em seu § 2º, que “caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*”. Sobre o dispositivo, há quem entenda que “a iniciativa tem o condão de evitar discussões sobre o papel que o *amicus curiae* pode ou não assumir”.³⁷ Entretanto, para que tais discussões sejam realmente evitadas, “importante será que os Tribunais busquem, dentro do possível, uniformizar ou padronizar tais poderes, a fim de buscar maior homogeneidade entre os procedimentos adotados nas demandas e, conseqüentemente, maior isonomia e segurança jurídica”.³⁸

É inequívoco que a previsão de limitação e definição dos poderes aumentou a discricionariedade do relator. Tanto é assim que, provavelmente, os poderes conferidos aos *amici curiae* variarão de acordo com as peculiaridades dos casos e a maior ou menor abertura do relator. Assim, parece correto afirmar que, de certa maneira, o art. 138 do NCPC ampliou o grau de subjetividade e incerteza acerca de como se dará a atuação do *amicus curiae*. As decisões do próprio STF já refletem essa conclusão.

O Ministro Roberto Barroso, por exemplo, já se utilizou da previsão do mencionado dispositivo, limitando os poderes de *amici curiae* admitidos ao lhes facultar somente a apresentação de memoriais.³⁹ Em sentido diverso, o Ministro Edson Fachin, ao admitir *amici curiae* principalmente em sede de controle concentrado, já tem sido expresso nos poderes que confere aos terceiros, dispondo que têm a faculdade de “apresentação de informações, memoriais escritos nos autos e de sustentação oral por ocasião do julgamento definitivo do mérito” (ADI n. 4753, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em: 27 set. 2016, DJe: 28 set. 2016, publicado em: 29 set. 2016).⁴⁰

37 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 182.

38 SILVEIRA, Ana Cristina de Melo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. O novo Código de Processo Civil e algumas reflexões iniciais acerca das implicações na ação de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, v. 40, n. 250, São Paulo, p. 341-362, dez. 2015. p. 6.

39 Ver decisão proferida nos autos do MS n. 34288, DJE n. 199/STF.

40 No mesmo sentido, decisão proferida na ADI n. 5013, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em: 27 set. 2016, DJe: 29 set. 2016, publicado em: 30 set. 2016.

Outro ponto que ainda suscita debates, que deverão ser retomados pelo STF, diz respeito à possibilidade de interposição de recursos e oposição de embargos de declaração por *amicus curiae*, em face dos acórdãos lavrados após o julgamento do mérito do processo no qual houve a intervenção. Até o momento, a jurisprudência da corte é sólida no sentido de inadmitir recursos, inclusive embargos de declaração, apresentados por terceiros. Veja-se:

Insisto na asserção de que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido legitimidade recursal ao terceiro apenas naqueles casos em que este vê negada a sua pretensão de intervir, como “*amicus curiae*”, em processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, não se conhecendo, por isso mesmo, de outras impugnações recursais deduzidas em contexto diverso, valendo mencionar, a esse respeito, diversos precedentes, tais como aqueles estabelecidos nos julgamentos da ADI 2.359-ED-AgR/ES, Rel. Min. EROS GRAU, da ADI 3.615-ED/PB, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, da ADI 3.934-ED-AgR/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, e da ADI 4.163-ED/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI:

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI. ‘*Amicus curiae*’. Recurso. Legitimidade ou legitimação recursal. Inexistência. Embargos de declaração não conhecidos. Interpretação do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99. ‘*Amicus curiae*’ não tem legitimidade para recorrer de decisões proferidas em ação declaratória de inconstitucionalidade, salvo da que o não admita como tal no processo.” (ADI 3.105-ED/DF, Rel. Min. CEZAR PELUSO – grifei). (ADI n. 5022 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em: 18 dez. 2014, DJe: 6 mar. 2015, publicado em: 9 mar. 2015)

Na doutrina, há quem sustente que “não são cabíveis os recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, nesses incluídos os que ingressam no feito na qualidade de *amicus curiae*”.⁴¹ Tal posição é fundamentada na ideia de que “em sede de amizade, não se trata de direito de recurso, mas, sim, de dever informacional”.⁴² Esse entendimento, contudo, não parece estar coadunado com a ideia de que um dos

41 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 578.

42 MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010. p. 79.

objetivos da admissibilidade de *amicus curiae* é, justamente, a busca pela melhor interpretação constitucional. Sendo o *amicus curiae* detentor de informações capazes de otimizar o debate, faz todo o sentido admitir que oponha embargos de declaração, provocando a corte a perfectibilizar sua conclusão a fim de que o acórdão reflita, de fato, o melhor pronunciamento que o tribunal possa prestar.

Assim, em boa hora surgiu a previsão do § 1º do art. 138 do NCPC, que excluiu a possibilidade de *amicus curiae* interpor recursos,⁴³ resguardando, contudo, a oposição de embargos de declaração. Provavelmente, essa novidade suscitará novos debates perante o STF, inclusive em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

4. A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DOS *AMICI CURIAE* NAS DISCUSSÕES TRIBUTÁRIAS

Considerando a força e o caráter normativo que o NCPC conferiu aos precedentes, “a prévia oitiva do *amicus curiae* para viabilizar um maior controle da qualidade e da valoração dos fatos e das normas jurídicas a serem aplicadas é de rigor. O *amicus curiae* é o agente que quer viabilizar isto, legitimando e democratizando as decisões jurisdicionais”.⁴⁴

No tocante ao controle concentrado de constitucionalidade, a doutrina há algum tempo já assentava a importância da intervenção do *amicus curiae*, principalmente em razão do caráter vinculante das decisões. Sobre o tema, é pertinente relembrar as seguintes lições:

A “abertura” do processo da ação direta de inconstitucionalidade, ademais, deve ser entendida quase como uma saudável (e necessária) decorrência do caráter vinculante das decisões proferidas naquela sede e, também, como a idéia de que o tão decantado “processo de caráter objetivo”, sem “lide”, sem interesses ou posições de vantagem individualmente analisáveis e capturáveis, que caracteriza esse tipo de ação, não pode significar, pura e simplesmente,

43 O art. 138 do NCPC excepcionou, em seu § 3º, o incidente de resolução de demandas repetitivas. Nessa hipótese, o *amicus curiae* pode interpor recursos.

44 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 179.

a impossibilidade de maior (e necessário) debate sobre as questões que o Supremo Tribunal Federal está para decidir.⁴⁵

Esse posicionamento ecoa na jurisprudência, que reiteradamente aponta, em relação aos objetivos das manifestações dos *amici curiae*, a pluralização do debate constitucional, permitindo que o STF disponha “de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões”.⁴⁶ A efetiva participação dos *amici curiae* representa, ainda, “um instrumento de participação democrática no processo, que busca a legitimação social das decisões”.⁴⁷ Assim, é inequívoco que “a ampliação das possibilidades de acesso à jurisdição constitucional promovida pelo *amicus curiae* é um fator de abertura procedimental e de pluralização da jurisdição constitucional”.⁴⁸

Também não pode se negar a importância que qualquer discussão tributária ostenta. Nesse sentido, não é demais relembrar a relevância dos tributos para a atual conformação política e social:

O tributo, principal forma de receita pública do Estado Moderno, revela-se componente fundamental de sua estrutura, bem como do modelo econômico adotado no país. A efetivação dos direitos fundamentais, declarados e assegurados na Constituição, não se faz sem o dispêndio de recursos, fato que não se limita aos direitos prestacionais. Dessa forma, o tema da tributação conecta-se com o próprio cerne da Constituição, os direitos e as garantias fundamentais.⁴⁹

Assim, por atingirem toda a estrutura do Estado e a esfera jurídica e patrimonial dos contribuintes, matérias tributárias devem, necessariamente, ser debatidas

45 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 138.

46 Trecho da decisão proferida em 16 de outubro de 2013 pelo Ministro Celso de Mello nos autos da MC na ADI n. 5022.

47 RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira. As intervenções de terceiros no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 257, p. 109-124. jul. 2016. p. 6.

48 MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010. p. 168.

49 BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1344.

por todos os envolvidos, não podendo o STF limitar a participação daqueles que serão atingidos pela decisão e são capazes de fornecer importantes subsídios à corte. Nesse sentido, conforme já adiantado, entende-se que a regra deveria ser a admissão de *amici curiae* em larga escala em matéria tributária, quando apresentados argumentos jurídicos, técnicos ou dados fáticos relevantes não abordados no caso pelas partes postulantes, até mesmo pelo fato de que terceiros serão atingidos pela decisão mesmo sem terem participado do processo e da discussão, em razão do caráter vinculante das decisões tomadas em controle concentrado de constitucionalidade e da força conferida aos precedentes pelo NCPC.

Ademais, há de se ter em consideração que, muitas vezes, somente aqueles diretamente envolvidos com a questão têm capacidade de identificar e expor determinadas consequências que uma ou outra conclusão podem causar. Por exemplo, não é exagero destacar que os tributos não encerram mero mecanismo de arrecadação; os efeitos extrafiscais devem também ser considerados na tomada de decisões judiciais. Nesse sentido, fica evidenciada a participação dos postulantes que comprovem a possibilidade de fornecer subsídios que não estão ao alcance imediato das partes e da corte ou, ainda, que se contrapõem ao posto nos autos.

Por conseguinte, a participação ampla de *amici curiae* garante o próprio contraditório ao permitir que, além do fisco, os contribuintes de uma maneira geral também sejam ouvidos plenamente pelo STF, cujas conclusões, apesar de tomadas no bojo de um único processo, inequivocamente orientarão os demais magistrados e tribunais acerca do tema.

4.1 Crítica: ausência de uniformidade de entendimento entre os ministros acerca dos critérios para admissibilidade de *amici curiae* em matéria tributária

Como se extrai do citado até aqui, não há uniformidade nas decisões do STF acerca dos requisitos e das situações que viabilizam o ingresso de *amici curiae*. Ao se analisarem especificamente os processos sobre matéria tributária – aqui englobados os de controle concentrado e incidental de constitucionalidade –, percebe-se de maneira mais evidente a gravidade do problema.

A bem da verdade, a partir da análise de algumas decisões, conclui-se que ministros como Edson Fachin e Gilmar Mendes têm admitido com mais frequência *amici curiae* em matéria tributária. Outros, como o Ministro Marco Aurélio, são mais rigorosos e restritivos inclusive utilizando-se do argumento de que o processo que versa sobre tributos “diz respeito aos contribuintes em geral. Admitir

certa associação no processo é abrir margem a que muitas outras venham a pleitear o mesmo” (RE n. 835818, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em: 29 set. 2016, DJe: 4 out. 2016, publicado em: 5 out. 2016).

Tal entendimento parece destoar dos próprios objetivos que norteiam o instituto do *amicus curiae*. Não obstante os processos tributários de fato veicularem argumentos eminentemente jurídicos, há também aspectos técnicos e econômicos que, conforme anteriormente exposto, somente são apresentados aos autos e à corte pelos *amici curiae*, em razão da sua especificidade ou tecnicidade. Por isso, a limitação do ingresso de *amicus curiae* com o único propósito de evitar uma enxurrada de outros pedidos parece desvirtuar a finalidade e o próprio fundamento do instituto.

Assim, parecem vir em boa hora as disposições do NCPC, que provavelmente provocarão novas discussões acerca do instituto do *amicus curiae*. Nessa esteira, é pertinente que sejam definidos, inclusive quanto ao alcance, os conceitos vagos e amplos que não têm uniformidade entre os ministros e servem como fundamento ora para o deferimento do ingresso de *amici curiae*, ora para o indeferimento.

Aliado a isso, é importante também a crítica às entidades que postulam o ingresso como *amici curiae*. Passou da hora de se ter consciência de que o seu papel institucional, no bojo do processo no qual se objetiva o ingresso, não está limitado à defesa de seus próprios interesses, mas, efetivamente, à contribuição para a formação dos precedentes pelo STF. Nesse ponto, torna-se conveniente que a atuação dos *amici curiae*, incluído o pedido de intervenção, ocorra de maneira organizada e coordenada, de forma a se evitarem tumultos e atrasos no bom andamento dos trabalhos do tribunal.

Em complemento, há de se consignar que as sustentações orais dos *amici curiae* não têm o condão de tumultuar o julgamento. Pelo contrário, devem ser valorizadas pela corte, pois são a oportunidade de os colaboradores consolidarem todos os seus argumentos, expondo-os de maneira objetiva e organizada. Ademais, também não prospera a alegação, corriqueiramente aventada, de que as manifestações escritas atrapalham o processo, pois todas elas podem ser concentradas em autos apartados.

Ou seja, há diversas maneiras de se evitar o tumulto eventualmente causado pelo ingresso, em grande escala, de *amici curiae*, sendo que a contribuição da pluralidade das visões se sobrepõe ao eventual contratempo que a admissão de diversos terceiros pode causar, ainda mais considerando as novas disposições do NCPC, que expressamente prevê a possibilidade de o relator limitar os poderes, conforme anteriormente exposto.

Ademais, o STF vem consolidando seu papel de corte constitucional que analisa temas objetivos, principalmente após o advento de institutos como a súmula vinculante e a repercussão geral, e, por essa razão, também deve aceitar e viabilizar o debate mais amplo possível. Não por outra razão, defende-se que em matéria tributária se devem aceitar *amici curiae*, pois é tema que afeta um número significativo de pessoas – daí a relevância – e influencia diretamente a economia, a arrecadação e, portanto, a sociedade.

Não raro, as entidades que postulam ingresso como *amici curiae* em matérias tributárias possuem dados de mercado, bem como dos efeitos, em maior amplitude, das decisões da corte. Essas manifestações dos contribuintes se contrapõem, de forma contundente e eficaz, aos dados apresentados pelos entes arrecadadores, sendo, portanto, a admissibilidade de *amici curiae* um requisito intrínseco da matéria, que deve ser privilegiado em detrimento de eventuais tumultos, que podem ser resolvidos de forma menos onerosa às efetivas riqueza e qualidade dos debates. Sobre isso, é pertinente destacar a opinião da doutrina que corrobora a ideia:

Nada, contudo, é tão importante quanto a seguinte observação: a fixação de um precedente jurisdicional, no sentido correto da expressão, não se pode basear na quantidade do que é julgado. E sim, bem diferentemente, na qualidade do que se julga. Na exata medida em que o Projeto de novo Código de Processo Civil expressamente assume a necessidade de a jurisprudência dos Tribunais vincular os órgãos jurisdicionais a ele subordinados, toda a disciplina daí decorrente não pode ser vista, apenas e tão somente, como regra voltada, única e exclusivamente, à agilização do processo jurisdicional. Os resultados desejados para tal fim, queridos desde o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, o “princípio da economia e eficiência processuais”, são muito mais a consequência do que a causa que explica a razão de ser daqueles dispositivos. Os procedimentos projetados para se atingir aquele fim (v., em especial, o n. 5, supra), com especial destaque à viabilidade de abertura à manifestação do *amicus curiae*, devem ser observados para fomentar um, tão necessariamente amplo como inarredável, debate acerca das teses jurídicas opostas que justificam a manifestação de nossos Tribunais criando condições para que suas decisões sejam ótimas e aceitáveis democraticamente.⁵⁰

50 BUENO, Cassio Scarpinella. Amicus curiae no Projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 48, n. 190, t. 1, p. 111-121, abr./jun. 2011. p. 120.

Portanto, pela necessidade de prevalência da qualidade em detrimento da quantidade, entende-se que o STF não pode se furtar ao seu papel de corte constitucional, aberta aos anseios, mas também às vozes da sociedade em geral, principalmente quando está em jogo a fixação de precedentes tão caros à organicidade do sistema como um todo, inclusive em matéria tributária.⁵¹

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme bem assentado pelo Ministro Edson Fachin, “é extremamente salutar que a Corte reflita com vagar sobre as vascularidades existentes entre o regimento das ações de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal e o Processo Civil em geral” (ADI n. 4842, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em: 13 set. 2016, DJe: 15 set. 2016, publicado em: 16 set. 2016).

Nesse sentido e a partir de tudo o que foi exposto, conclui-se que o NCPC ainda não resolveu diversas questões que permeiam o processo de controle concentrado de constitucionalidade. Contudo, também é possível vislumbrar que trouxe a oportunidade da ocorrência de novos debates, capazes de promover certas alterações e evoluções tão caras e desejáveis no âmbito da jurisprudência do STF e do entendimento pessoal dos seus ministros.

Por isso, e tendo em conta as particularidades de entendimento de cada relator, é desejável que a decisão final acerca do pedido de ingresso como *amicus curiae* fique a cargo do colegiado, pressupondo-se, para tanto, a possibilidade de recurso; no caso do controle concentrado de constitucionalidade, do pleno. Essa conclusão pode, ainda, resolver o problema da ausência de uniformidade, uma vez que haverá mais manifestações do colegiado acerca dos requisitos para o ingresso de *amicus curiae*, formando-se, assim, uma verdadeira jurisprudência sobre o assunto, capaz de substituir a miscelânea de entendimentos individuais dos ministros.

51 Sobre isso, é pertinente destacar: “Augura-se, assim, que a intervenção do *amicus curiae* seja mais um dentre os diversos instrumentos regulados pelo novo CPC para a democratização do processo judicial. Afinal, não se pode mais conviver com um processo civil autoritário, conduzido pelo magistrado como se só a este interessasse seu resultado. É preciso que juiz e partes, de forma cooperativa, coparticipativa, trabalhem para construir, juntos, o resultado final do processo, o qual deve ser capaz de atuar o ordenamento jurídico, revelando-se assim um mecanismo de realização e preservação dos direitos assegurados pela Constituição da República” (CÂMARA, Alexandre Freitas. 2015. *A intervenção do amicus curiae no Novo CPC*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/23/a-intervencao-do-amicus-curiae-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 14 out. 2016).

Não obstante, há de se reconhecer também as dificuldades de ordem técnica que isso impõe, em razão do grande número de pedidos de intervenção. A solução, portanto, também perpassa a necessidade de melhor organização e diálogo institucional das entidades e demais participantes do processo de controle concentrado de constitucionalidade, a fim de que os *amici curiae* possam, efetivamente, desempenhar o papel de colaboradores do judiciário, em vez de supostos tumultuadores do processo.

Por fim, conforme exposto, em matéria tributária há de se aceitar a ampla intervenção de *amici curie*, em razão da inexorável relevância econômica e social das questões e do papel legitimador e democrático que o instituto desenvolve, ao permitir a pluralização e o enriquecimento dos debates travados perante o judiciário.

EFEITOS DO NCPD NA RECLAMAÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Alessandro Mendes Cardoso

Tatiana Rezende Torres

1. INTRODUÇÃO

O instituto da reclamação, positivado na Constituição Federal (CF) em seus art. 102, inciso I, alínea “l”,¹ e 105, inciso I, alínea “f”,² com o principal objetivo de preservação da competência e garantia da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sempre gerou debates na doutrina e na evolução da sua aplicação.

O seu processamento era regulado no Capítulo II da Lei n. 8.038/1990 e nos regimentos internos dos tribunais superiores. Com a evolução do sistema processual brasileiro, que privilegia a uniformização e a estabilização da jurisprudência, a Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004 incluiu o art. 103-A na CF, posteriormente regulamentado pela Lei n. 11.417/2006, o qual prevê, em seu § 3º,³ o

1 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: [...] l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; [...]”

2 “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: [...] f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; [...]”

3 “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal,

cabimento de reclamação em face de “ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar”. E, uma vez provida pelo STF, a reclamação terá o condão de anular o ato administrativo, ou de cassar a decisão judicial reclamada, para que outra seja proferida em seu lugar, com ou sem a aplicação da súmula.

A constitucionalização da reclamação teve, portanto, três objetivos: (i) preservação da competência dos dois tribunais superiores; (ii) garantia da imperiosidade das decisões desses tribunais; e (iii) garantia da eficácia das súmulas vinculantes.

A partir da construção jurisprudencial do STF se identificam, como requisitos básicos para o processamento da reclamação, a existência de efetiva usurpação de competência ou descumprimento de decisão do STF ou STJ, ou a contrariedade à súmula vinculante. Para tanto, deve ser comprovada a identidade material entre a decisão objeto da reclamação e a decisão tida como contrariada (decisão paradigmática, que se busca garantir a eficácia), com o limitador objetivo de que a decisão reclamada não tenha transitado em julgado.

Sobre a natureza jurídica do instituto, há grande divergência doutrinária, com a defesa fundamentada de diversas classificações, como exemplifica decisão antiga do STF, proferida nos autos da Reclamação n. 336/DF, na qual o Ministro Relator Celso de Mello identifica sete classificações possíveis.⁴ O certo é que a reclamação

estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. [...] § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

- 4 “RECLAMAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. ALEGADO DESRESPEITO A AUTORIDADE DE DECISÃO EMANADA DO STF. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA. – A reclamação, qualquer que SEJA a qualificação que se lhe DE – Ação (Pontes de Miranda, “Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (Moacyr Amaral Santos, RTJ 56/546-548; Alcides de Mendonca Lima, “O Poder Judiciário e a Nova Constituição”, p. 80, 1989, Aide), remédio incomum (Orosimbo Nonato, “apud” Cordeiro de Mello, “O processo no Supremo Tribunal Federal”, v. 1/280), incidente processual (Moniz de Aragão, “A Correição Parcial”, p. 110, 1969), medida de Direito Processual Constitucional (Jose Frederico Marques, “Manual de Direito Processual Civil”, vol 3., 2. parte, p. 199, item n. 653, 9. ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Min. Djaci Falcão, RTJ 112/518-522) – configura, modernamente, instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, “l”) e do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, “f”). – Não constitui ato ofensivo a autoridade

se apresenta como exceção à lógica do sistema processual, que vincula qualquer pretensão contra atos judiciais aos meios recursais, previstos de forma taxativa pela legislação. Conforme destaca Lucas Buriel de Macêdo,⁵

a reclamação é uma exceção a essa previsão, como o são os meios específicos de impugnação às decisões judiciais, que possuem eficácia preponderante constitutiva negativa ou mandamental, a depender da causa de pedir e do pedido, desfazendo o ato atacado ou determinando seja tomada certa providência pelo órgão judicial responsável pelo ato objeto da reclamação.

A análise aprofundada dessa questão foge ao objeto do presente artigo, mas, para simplificar, já que se encontra bastante consolidado o entendimento de que a reclamação não é sucedâneo recursal, existem duas classificações que possuem maior receptividade na melhor doutrina e na jurisprudência do STF. A primeira vê na reclamação um meio de exercício do direito constitucional de petição, posição acolhida pelo pleno do STF no julgamento da ADI n. 2.212/CE (Rel. Min. Ellen Gracie). A segunda corrente, que representa o entendimento majoritário da melhor doutrina, entende que a reclamação tem natureza de ação judicial de conhecimento com caráter mandamental,⁶ com base em argumentos que podem ser assim sintetizados: (i) é medida que depende de provocação de interessado, para o qual se exige capacidade de postular; (ii) provoca a cassação da decisão judicial reclamada por força da eficácia de decisão anterior, dotada de força hierárquica superior ou efeito vinculante; (iii) apresenta características da ação como causa de pedir e pedido, com a possibilidade de ser objeto de recurso e de produzir o efeito da coisa julgada.

Com a publicação da Lei n. 13.105/2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil (NCPC), inaugura-se uma nova fase para a reclamação, já que pela

de decisão emanada do Supremo Tribunal Federal o procedimento de magistrado inferior que, motivado pela existência de várias execuções penais ainda em curso, referentes a outras condenações não desconstituídas pelo “writ”, deixa de ordenar a soltura imediata de paciente beneficiado por “habeas corpus” concedido, em caso diverso e específico, por esta Corte” (Reclamação n. 336/DF, DJe: 15 mar. 1991).

5 MACÊDO, Lucas Buriel de. Reclamação Constitucional fundada em precedentes obrigatórios no CPC/2015. In: GAIO JR., Antônio Ferreira; CÂMARA, Alexandre Freitas (Coord.). *Código de Processo Civil: novas reflexões e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 212.

6 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvi. *Recursos e ações autônomas de Impugnação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

primeira vez o instituto se encontra tipificado no códex processual. O NCPC trata da reclamação nos seus art. 988 a 993, inseridos no Livro III (“Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”). Além da previsão expressa do instituto, o legislador ampliou as suas hipóteses de cabimento e detalhou regras procedimentais, conforme será abordado no próximo item.

A evolução do processo civil brasileiro já se fazia notar a partir da introdução no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) dos institutos da repercussão geral (art. 543-A e 543-B, inseridos pela Lei n. 11.418/2006) e dos recursos repetitivos (art. 543-C, introduzido pela Lei n. 11.672/2008). Com o NCPC, o objetivo é a construção de um processo mais célere, justo, menos complexo e mais condizente com as nossas necessidades sociais, conforme explicitado na exposição de motivos do seu anteprojeto.

Como um dos mecanismos para a consecução desses desideratos, o NCPC visou combater a “dispersão excessiva da jurisprudência”. Além de maior celeridade, os juristas que elaboraram o projeto entenderam que a consolidação jurisprudencial é mecanismo de promoção da igualdade entre os jurisdicionados. Para tanto, privilegiaram os instrumentos de pacificação jurisprudencial e julgamento vinculante, como é o caso da repercussão geral, e criaram o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Assim, é característica primordial do atual sistema processual a função do STF e do STJ de balizar o ordenamento jurídico, construindo uma jurisprudência que efetive os deveres de segurança jurídica, uniformidade e estabilidade.⁷ Nesse contexto é que se insere o novo regramento da reclamação, que, a partir do NCPC, tem a função relevante de ferramenta objetiva e ágil que permite ao jurisdicionado

7 “Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema” (Exposição de motivos do anteprojeto do NCPC).

impugnar decisões que deixem de aplicar, ou apliquem de forma errônea, precedente judicial de vinculação obrigatória, ou súmula vinculante.

O direito tributário é uma das maiores fontes de ajuizamento de reclamação nos tribunais superiores, mesmo antes da introdução dos mecanismos supraindicados. O tratamento constitucional dado ao sistema tributário e a existência de lei complementar que trata das normas gerais de direito tributário (Código Tributário Nacional – CTN), além de leis complementares que delimitam os principais aspectos das normas de incidência tributária dos impostos, determinam que grande parte das demandas judiciais tributárias envolvam questões exclusivamente de direito, sobre competência e limites ao poder de tributar e aplicação dos princípios constitucionais tributários e das normas gerais de tributação, o que lhes remetem a serem apreciadas pelo STJ e/ou pelo STF.

E o grande volume de ações tributárias tratando da mesma matéria jurídica, com grande relevância social e econômica, tornaram esse ramo do direito o mais propício para a aplicação dos regimes da repercussão geral e dos recursos repetitivos. Segundo destaca Livia Pinheiro Lopes,⁸

para comprovar esta realidade, qual seja, a especial vocação do ramo tributário à resolução de conflitos mediante a aplicação de mecanismos insertos na teoria dos precedentes, o desembargador federal Abraham⁹ fez um levantamento no ano de 2014 que englobou mais de 250 acórdãos de natureza vinculante. Sua pesquisa identificou que, do total de súmulas vinculantes editadas pelo STF, 25% (ou 1/4) versam sobre Direito Tributário. Já com relação aos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida e julgados no mérito, 30% (ou quase 1/3) são tributários. E este índice chega a 40% em relação ao STJ, quando considerados os recursos especiais julgados sobre a sistemática repetitiva.

É exatamente a vocação da matéria tributária à resolução de grande parte dos conflitos entre contribuintes e fiscos, pelo sistema dos precedentes vinculativos,

8 LOPES, Livia Pinheiro. Precedentes vinculativos, direito tributário e o Novo CPC. In: DUARTE, Fernanda (Org.). *A LEF e o Novo CPC: reflexões e tendências. O que ficou e o que mudará*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 100-115.

9 ABRAHAM, Marcus; PEREIRA, Victor Pimentel. *Jurisprudência Tributária Vinculante: teoria e Precedentes*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

que torna imperioso o conhecimento aprofundado da atual sistemática da reclamação no contencioso tributário.

2. A RECLAMAÇÃO NO NCPC E O DIREITO TRIBUTÁRIO

As hipóteses de cabimento da reclamação estão previstas no art. 988 do NCPC:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I – preservar a competência do tribunal;

II – garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

§ 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

§ 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5º É inadmissível a reclamação: (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.

A primeira hipótese de cabimento da reclamação diz respeito à preservação da competência do tribunal, ao qual é direcionada quando esta é efetivamente invadida. Exemplo de violação de competência seria o julgamento de pedido de declaração de inconstitucionalidade, com feição de controle abstrato e pretendido efeito *erga omnes*, por órgão que não o STF. Outro exemplo é a realização do juízo de admissibilidade do recurso de apelação pelo juízo de primeira instância, quando a competência é privativa do tribunal.

Outra hipótese é o manejo da reclamação para a garantia da autoridade das decisões do tribunal. É indiscutível que as decisões de tribunal, nos limites de sua competência, têm cumprimento e respeito obrigatórios por aqueles a ela submetidos. E quando, em uma situação concreta, ocorre o descumprimento de determinação jurisdicional expressa do tribunal, cabe reclamação para que este faça valer sua autoridade e sua eficácia. Ou seja, relaciona-se ao cumprimento das decisões proferidas pelas cortes, que não podem ser desconsideradas ou desrespeitadas por órgãos inferiores.

Recentemente, em processo no qual se discutia a exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo da contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), a Fazenda Nacional interpôs Recurso Extraordinário (RE) contra acórdão proferido pelo TRF da 3ª Região. Em juízo de admissibilidade, foi proferida decisão monocrática que negou seguimento ao recurso, aplicando ao caso concreto o precedente do STF formado a partir do julgamento do RE n. 574.706, com repercussão geral reconhecida. Em face dessa decisão, a Fazenda Nacional interpôs agravo interno, requerendo que o processo fosse sobrestado no TRF da 3ª Região até julgamento definitivo do RE n. 574.706. O pedido da Fazenda Nacional foi indeferido, o que ensejou a propositura da Reclamação n. 30.996/SP ao STF.

A pretensão da Fazenda Nacional de concessão de tutela provisória em reclamação para que fosse determinado sobrestamento do RE até que definitivamente decidido o RE n. 574.706 se baseou no argumento de que o TRF da 3ª Região teria usurpado a competência do STF no que diz respeito à apreciação da modulação dos efeitos do acórdão proferido naquele julgamento. Também nesse ponto afirmou que o sobrestamento teria o condão de garantir a eficácia da decisão da suprema corte, que já teria sinalizado a possibilidade de modular os efeitos da decisão quando do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional.

Ao apreciar a reclamação, o Relator Ministro Celso de Mello negou-lhe seguimento, entendendo não estarem presentes os requisitos que autorizariam a

adequada utilização da reclamação. Segundo o relator, o ato reclamado não evidenciaria usurpação da competência,

nem sequer transgressão da autoridade do julgamento do RE nº 574.706, pois a decisão de que se reclama limitou-se a confirmar a aplicação do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, ao caso, tendo em vista a desnecessidade de aguardar-se o trânsito em julgado (ou eventual modulação temporal dos efeitos) do acórdão desta Suprema Corte invocado, pela parte reclamante, como paradigma de confronto. (Reclamação n. 30.996/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe: 13 ago. 2018, publicado em: 14 ago. 2018)

O ministro relator ainda destacou que, de acordo com o entendimento do STF, “a circunstância de o precedente no *‘leading case’* ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento”, e que a modulação dos efeitos de decisões, por se tratar de medida excepcional, não se presume nem inibe o pronunciamento da maioria dos ministros, afastando, por essa razão, qualquer alegação de ofensa à autoridade dos julgados do STF ou de usurpação da sua competência que pudesse viabilizar o manejo da reclamação.

Sobre o uso da reclamação, o relator foi enfático ao afirmar que esse não é o meio processual correto para se buscar a revisão de atos decisórios, por não se qualificar como sucedâneo de outros recursos ou ações cabíveis. Confira-se trecho da decisão:

Cumprе enfatizar, de outro lado, por necessário, um outro aspecto que, assinalado em sucessivas decisões desta Corte, afasta a possibilidade jurídico-processual de emprego da reclamação, notadamente naqueles casos em que a parte reclamante busca a revisão de certo ato decisório, por entendê-lo incompatível com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Refiro-me ao fato de que, considerada a ausência, na espécie, dos pressupostos legitimadores do ajuizamento da reclamação, este remédio constitucional não pode ser utilizado como um (inadmissível) atalho processual destinado a permitir, por razões de caráter meramente pragmático, a submissão imediata do litígio ao exame direto da Suprema Corte.

A reclamação, como se sabe, reveste-se de múltiplas funções, tal como revelado por precedentes desta Corte (RTJ 134/1033, v.g.) e definido pelo novo

Código de Processo Civil (art. 988), as quais, em síntese, compreendem (a) a preservação da competência global do Supremo Tribunal Federal, (b) a restauração da autoridade das decisões proferidas por esta Suprema Corte e (c) a garantia da observância da jurisprudência vinculante deste Tribunal Supremo (tanto a decorrente de enunciado sumular vinculante quanto a resultante dos julgamentos desta Corte em sede de controle normativo abstrato), além de atuar como expressivo meio vocacionado a fazer prevalecer os acórdãos deste Tribunal proferidos em incidentes de assunção de competência.

Isso significa, portanto, que a reclamação não se qualifica como sucedâneo recursal, nem configura instrumento viabilizador do reexame do conteúdo do ato reclamado, nem traduz meio de uniformização de jurisprudência, eis que as finalidades revelam-se estranhas à destinação subjacente à instituição dessa medida processual, consoante adverte a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” (Reclamação n. 30.996/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe: 13 ago. 2018, publicado em: 14 ago. 2018)

Mesmo que o NCPC tenha ampliado as hipóteses de cabimento da reclamação, essa decisão confirma a rigidez com que o STF analisará o seu cabimento, afastando toda e qualquer tentativa de fazer uso desse remédio como se recurso fosse.

No caso da súmula vinculante do STF (art. 988, inciso III), a possibilidade de se garantir a sua observância por meio de reclamação, por sua desconsideração ou aplicação equivocada por decisão judicial ou ato administrativo, se encontra constitucionalizada no § 3º do art. 103-A,¹⁰ destacando-se que a jurisprudência do STF entende que somente cabe reclamação se a súmula é anterior ao ato reclamado.¹¹ Da mesma forma, nos termos do § 2º do art. 102, a decisão do STF em controle concentrado de

10 “Art. 103-A. [...] § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

11 “AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA VINCULANTE 47. ATO RECLAMADO ANTERIOR AO ADVENTO DO PARADIGMA. APLICABILIDADE DO ENUNCIADO SUMULAR AOS PRECATÓRIOS EXPEDIDOS ANTERIORMENTE. RECURSO POSTERIOR AO CPC/15. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o cabimento da reclamação com parâmetro em Súmula Vinculante pressupõe a existência do paradigma anteriormente à decisão impugnada. Precedentes. 2. Não há identidade entre o enunciado sumular de indole vinculante e o ato reclamado, pois se entendeu neste que aquele não é aplicável retroativamente a abarcar precatórios expedidos antes do advento da

constitucionalidade tem efeito *erga omnes* e vincula o poder judiciário, a administração pública e os demais jurisdicionados. Via de consequência, é cabível a reclamação em face de decisão que deixa de aplicá-la, ou o faz erroneamente.

Por outro lado, a decisão do STF proferida em controle difuso, pelo seu efeito *inter partes*, não viabiliza o seu manejo. Tal conclusão decorre da aplicação direta do inciso III do art. 988 do NCPC, que prevê a hipótese de cabimento da reclamação para fazer valer “decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”. Não obstante, deve-se aguardar o posicionamento do STF sobre a manutenção ou não do entendimento acerca da possibilidade do ajuizamento de reclamação em face de decisões em controle difuso, conforme anteriormente decidido nas Reclamações n. 4335 e n. 2280.

Na atual sistemática, a reclamação pode ser ajuizada em qualquer tribunal, não apenas nos superiores. Trata-se de inovação relevante, já que, no sistema processual anterior, o STF entendia que os tribunais de justiça somente poderiam processar e julgar reclamações se houvesse tal previsão nas respectivas constituições estaduais.

Posteriormente à edição do NCPC, o legislador, por meio da Lei n. 13.256/2016, impôs limites ao manejo da reclamação, com a inclusão do § 5º na redação do art. 988. O inciso I do § 5º diz respeito ao descabimento da sua propositura após o trânsito em julgado da decisão reclamada. Nesse ponto, o legislador confirmou o disposto na Súmula 734 do STF.¹² Por outro lado, a inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão reclamada não prejudica a propositura da reclamação (art. 988, § 6º).

Por meio do inciso II do § 5º, o legislador buscou evitar que a reclamação se tornasse meio substituto dos recursos regulares, determinando que a sua propositura, para STJ ou STF, contra descumprimento de decisão em recurso repetitivo ou com repercussão geral somente será possível após o esgotamento das instâncias ordinárias.

Alguns doutrinadores defendem que, em razão dos recursos excepcionais não se inserirem no conceito de “instâncias ordinárias”, estariam fora do alcance do dispositivo, o que possibilitaria interpor a reclamação simultaneamente a esses recursos, ou quando ainda se encontrarem pendentes de apreciação. Contudo, a 2ª

Súmula Vinculante 47. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (Reclamação n. 23580 AgR /RS, DJe: 6 out. 2016, publicado em: 7 out. 2016).

12 “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.”

Turma do STF se manifestou em sentido contrário ao indeferir reclamação interposta visando ao reconhecimento da prevalência de entendimento de RE com repercussão geral, em processo que ainda aguardava julgamento de RE e Recurso Especial (REsp). A Turma acompanhou o entendimento do Ministro Teori Zavascki, que assim se posicionou:

As razões recursais não conseguem infirmar esses fundamentos. Com efeito, pendentes de admissibilidade os recursos extraordinário e especial interpostos contra o acórdão que teria desrespeitado decisão desta Corte proferida sob o regime da repercussão geral, não está preenchida a exigência de esgotamento das instâncias ordinárias, daí porque a presente reclamação não se mostra cabível. Ora, o reclamante ainda tem a via recursal para buscar a reforma do acórdão questionado. Entendimento em sentido diverso permitiria a utilização da reclamação como atalho processual, contrariando a orientação consolidada pelo Plenário no julgamento da Rcl 10.793, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 6/62011). (Reclamação n. 23.476/MS, julgado em: 2 ago. 16, DJe: 17 ago. 2016, publicado em: 18 ago. 2016)

Essa mesma necessidade de esgotamento das instâncias ordinárias impede a propositura de reclamação nos casos de: (i) suspensão errônea de processo, em função de afetação de recurso repetitivo, hipótese em que cabe à parte apresentar petição fazendo distinção entre os casos (art. 1.037, § 9º)¹³ e, se mesmo assim for mantida a decisão, caberá agravo de instrumento ou interno, a depender a instância em que se encontra o processo; (ii) REsp ou RE indeferido em razão da errônea aplicação de julgado vinculativo (nesse caso será cabível agravo em REsp ou RE).

Os procedimentos para a propositura da reclamação não sofreram alterações relevantes. O legitimado para ajuizar é aquele que, tendo sofrido os efeitos de decisão ou ato que violou a competência do tribunal, ou desconsiderou a eficácia de decisão vinculante, tem interesse em exigir a preservação da competência usurpada. Na sistemática anterior, o STF diferenciava a legitimidade para interpor a reclamação conforme a natureza da sua decisão paradigma. Se proferida com efeito *erga omnes* e vinculante, a legitimidade seria ampla, não se limitando às partes

13 “§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.”

processuais. Já no caso de decisão proferida em processo de controle difuso e com eficácia *inter partes*, apenas aqueles que compuseram a lide poderiam ajuizá-la.¹⁴

Recebida a reclamação, o relator solicitará informações à autoridade a quem se reputa a prática do ato violador da competência ou eficácia da decisão do tribunal, bem como determinará a citação do beneficiário da decisão impugnada, que terá o prazo de 15 dias para apresentar a sua contestação.

A inicial da reclamação deverá ser instruída com os documentos referentes ao seu objeto, principalmente as cópias da decisão ou ato reclamado e da decisão desrespeitada. Pela sua natureza, a reclamação não demanda outra prova que não a documental. A medida deve ser dirigida ao presidente do tribunal e, depois de atuada, será distribuída ao relator do processo principal, caso isso seja possível (art. 988, §§ 2º e 3º).¹⁵ Qualquer pessoa que tenha efetivo interesse no seu resultado poderá ingressar e impugná-la (art. 990).¹⁶ Além disso, avaliando que a manutenção da decisão ou do ato impugnado poderá gerar dano irreparável ao reclamante, o relator poderá determinar a suspensão da sua eficácia (art. 989, inciso II).¹⁷

14 “RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. ALEGADA VIOLAÇÃO DE AUTORIDADE DE PRECEDENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARESTO FIRMADO EM JULGAMENTO DE ALCANCE SUBJETIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEGITIMIDADE PARA PROPOR A RECLAMAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE INDEFERE DE PLANO O SEGUIMENTO DA RECLAMAÇÃO. 1. Agravo regimental interposto de decisão com a qual se negou seguimento à reclamação, destinada a assegurar a autoridade de precedente da Corte. 2. A reclamação não é instrumento de uniformização jurisprudencial. Tampouco serve de sucedâneo de recurso ou medida judicial cabível para fazer valer o efeito devolutivo pretendido pelo jurisdicionado. 3. Nos termos da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, são legitimados à propositura de reclamação todos aqueles que sejam prejudicados por atos contrários às decisões que possuam eficácia vinculante e geral (*erga omnes*). Se o precedente tido por violado foi tomado em julgamento de alcance subjetivo, como se dá no controle difuso e incidental de constitucionalidade, somente é legitimado ao manejo da reclamação as partes que compuseram a relação processual do aresto. 4. No caso em exame, o reclamante não fez parte da relação processual em que formado o precedente tido por violado (agravo de instrumento julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal). Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento” (Reclamação n. 6078 AgR, Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em: 8 abr. 2010, DJe: 29 abr. 2010).

15 “Art. 988. [...] § 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal. § 3º Assim que recebida, a reclamação será atuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.”

16 “Art. 990. Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.”

17 “Art. 989. Ao despachar a reclamação, o relator: I – requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias; II – se

Julgada procedente a reclamação, o órgão julgador determinará a cassação da decisão ou do ato reclamado, reconhecendo a invasão da competência ou o desrespeito a decisão do tribunal, ou, ainda, que houve afronta a decisão do STF proferida em sede de controle concentrado, desrespeito a enunciado de súmula vinculante ou inobservância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência. Além da cassação do ato reclamado, o NCPC permite que seja determinada outra medida adequada à solução da controvérsia.

O NCPC absorve a evolução legislativa e doutrinária que vinha se consolidando no país, com o objetivo de construir um sistema de precedentes vinculativos, buscando combater a realidade nacional de falta de consolidação da jurisprudência, multiplicidade de entendimentos sobre a mesma matéria jurídica e desrespeito sistemático ao entendimento “consolidado” dos tribunais, inclusive por eles mesmos. Essa realidade fica muito evidente na área tributária: era notória a dificuldade dos tribunais superiores, notadamente do STJ, em consolidar entendimento acerca de teses tributárias e garantir a sua aplicação uniforme pelas cortes e instâncias inferiores. Isso, aliado à demora no julgamento das teses tributárias, elevavam o nível de insegurança jurídica, contribuindo para a visão de que o sistema tributário brasileiro é caótico.

Atualmente, mesmo que em patamares menores, ainda é possível identificar, nas duas Seções de Direito Público do STJ, decisões que conflitam entre si, com decisões da 1ª Seção ou ainda com anteriores decisões proferidas em sede de recursos repetitivos. Também não é incomum precedentes de Turmas que alteram entendimentos já consolidados há anos no tribunal, produzindo efeitos relevantes e prejudiciais para contribuintes e fiscos vinculados à matéria decidida.

A situação de insegurança jurídica também se vislumbra na jurisprudência do STF. Como exemplo, o pleno do STF, ao julgar o RE n. 593.894, alterou o entendimento exteriorizado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.851/SP para reconhecer o direito dos contribuintes substituídos de recuperar os valores da substituição tributária de ICMS correspondente entre a base de cálculo presumida e a real do imposto, mudança jurisprudencial que deverá ter grandes impactos financeiros para os estados.

necessário, ordenará a suspensão do processo ou do ato impugnado para evitar dano irreparável; III – determinará a citação do beneficiário da decisão impugnada, que terá prazo de 15 (quinze) dias para apresentar a sua contestação.”

Apesar de ser inegável que a sistemática do NCPC é um avanço importante para a evolução do sistema jurídico brasileiro, é também imprescindível que a sua aplicação pelos operadores do direito, notadamente os julgadores, ocorra de forma coerente, evitando-se que o objetivo de celeridade e simplificação implique a perda de qualidade da análise jurídica.

O ponto inicial e primordial é o correto entendimento do que constituem precedentes judiciais. Para tanto, nos valem da doutrina de Lucas Buril de Macedo:¹⁸

Para o direito, os precedentes, mais propriamente os judiciais, “são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal noutra caso”. São, do ponto de vista prático, decisões anteriores que sevem como ponto de partida ou modelo para as decisões subsequentes. Nesse sentido o precedente judicial abarca toda a decisão – relatório, fundamentos e dispositivo. Precedente é fonte de direito, ou seja, é fato jurídico continente de uma norma jurídica. É dizer, a partir do precedente, através do trabalho dos juizes subsequentes, dar-se-á uma norma geral. Dessa forma, precedente é continente, é forma e não se confunde com a norma que dele exsurge. Com efeito, trata-se de instrumento para a criação de normas mediante o exercício da jurisdição. [...]

É importante perceber que há diferenças entre a decisão, e até mesmo a sua fundamentação, e o precedente em sentido estrito, que constitui uma norma compreendida a partir de toda a decisão, por um processo construtivo próprio, e a ela não se limita. Esse seria o conceito estrito de precedente, que se confunde com o de *ratio decidendi* ou norma de decisão. É nesse sentido que se fala, por exemplo, em “aplicação do precedente”: o que se está a aplicar, a rigor, é a norma que se constrói a partir do precedente.

Para a eficácia do sistema baseado em precedentes, é imprescindível que os julgadores tenham bastante consolidado que este é centrado na delimitação das teses jurídicas fixadas nos julgamentos dotados de efeito vinculante. A *ratio decidendi* dos precedentes deve exteriorizar um comando que, de forma clara e objetiva, resolva determinada questão jurídica, de forma a possibilitar que seja aplicado em todos

18 MACÊDO, Lucas Buril de. Reclamação Constitucional fundada em precedentes obrigatórios no CPC/2015. In: GAIO JR., Antônio Ferreira; CÂMARA, Alexandre Freitas (Coord.). *Código de Processo Civil: novas reflexões e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 207-208.

os demais processos que tratem da mesma matéria. Por isso, os julgadores devem ter extremo cuidado ao delimitar a tese jurídica que está sendo apreciada no julgamento que gerará precedente vinculativo. E a decisão final deverá trazer, em seu dispositivo, as razões determinantes para aquele resultado. Serão essas razões determinantes que irradiarão, a partir do precedente, um comando jurisprudencial que terá eficácia de norma jurídica, vinculando objetivamente a forma de decidir outros casos similares.

Outro desafio é o aprimoramento da aplicação dos precedentes vinculativos. A operacionalização do sistema de precedentes implica a correta aplicação da técnica da distinção (*distinguishing*). Conforme leciona Lucas Buril de Macedo,¹⁹

nas distinções o jurista opera através do raciocínio analógico entre os fatos do precedente e os do caso presente, identificando quais as diferenças e similitudes, demonstrando que são substanciais, ou seja, que são juridicamente relevantes [...] ou seja, a fim de aplicar precedentes, mais propriamente determinar se um precedente é aplicável a um caso subsequente, é preciso observar os fatos que foram decisivos para que a decisão anterior fosse efetivamente prolatada e, em seguida, analisar as similitudes com o caso subsequente, especificando se os fatos categorizados que foram considerados juridicamente importantes estão presentes e quais fatos não possuem relevância para o direito.

Tendo em vista as possibilidades restritas de recurso em face das decisões que aplicam precedentes vinculativos a outros casos, os órgãos julgadores deveriam ter o máximo critério nessa atividade. Contudo, tem sido usual a identificação de aplicação equivocada de precedentes vinculativos a casos posteriores que tratam de questão jurídica diversa e, o que é pior, a consolidação dessa aplicação errônea, exatamente pela dificuldade recursal em se fazer rever o ato original de aplicação de precedente.

A matéria tributária, pelas suas peculiaridades, é terreno fértil para a resolução de questões pela sistemática dos precedentes vinculativos. Isso porque grande parte das ações tributárias envolve discussões exclusivamente de direito, centradas na correta aplicação do sistema constitucional tributário, do CTN e

19 MACÊDO, Lucas Buril de. Reclamação Constitucional fundada em precedentes obrigatórios no CPC/2015. In: GAIO JR., Antônio Ferreira; CÂMARA, Alexandre Freitas (Coord.). *Código de Processo Civil: novas reflexões e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 210.

das leis complementares que instituem as normas básicas para a incidência dos impostos. A natureza dessas ações faz com que sejam replicadas em massa, já que se aplicam a inúmeros contribuintes sujeitos à mesma incidência. E a centralidade da discussão constitucional e da aplicação das leis complementares tributárias determina que essas demandas tenham a sua análise final efetuada pelo STF e/ou pelo STJ.

Ainda há situações em que a mesma matéria será analisada pelo STJ, na sistemática dos recursos repetitivos, e pelo STF, com repercussão geral. Exemplo relevante é a discussão sobre o terço constitucional de férias pago ao empregado integrar ou não o salário de contribuição, base de cálculo das contribuições previdenciárias sobre a remuneração. Nesses casos, o STF já decidiu que não cabe reclamação contra decisão que aplicou decisão de recurso repetitivo se a matéria ainda aguarda julgamento pelo próprio STF. A conclusão da suprema corte é explicitada na seguinte passagem do voto do Ministro Edson Fachin, relator do Agravo Regimental (AgRg) na Reclamação n. 16.969/SP:

Ademais, como já posto na decisão recorrida, não se verifica qualquer usurpação da competência desta Corte, uma vez que o recurso extraordinário e o recurso especial possuem objetos distintos, violação à Constituição da República e à legislação federal, respectivamente, o que se reflete na aplicação individualizada das sistemáticas da repercussão geral e do recurso repetitivo. (Reclamação n. 16969 AgR /SP, julgamento em: 23 ago. 16, DJe: 14 set. 2016, publicado em: 15 set. 2016)

Espera-se que a sistemática do NCPC, cujas repercussões já se fazem notar, reduza a litigiosidade em matéria tributária, com contribuintes e fisco tendo maior segurança na interpretação da legislação. A certeza sobre a tributação incidente em determinado fato ou operação, e a correta interpretação da legislação tributária pertinente, é elemento estabilizador, que produz efeito relevante nas relações econômicas tanto para contribuintes, que conseguem planejar melhor as suas atividades, quanto para as Fazendas Públicas, que terão maior previsibilidade nos ingressos de recursos fiscais, o que lhes permitirá planejar melhor o seu orçamento e os gastos públicos.

O aperfeiçoamento do uso da reclamação, trazido pelo NCPC, está inserido nesse contexto de valorização do papel dos precedentes, visando à construção de um sistema com maior segurança jurídica e racionalidade na aplicação do direito.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A regulamentação da reclamação constitucional pelos art. 988 a 993 do NCPC ampliou as hipóteses do seu cabimento, privilegiando o objetivo que norteia o novo códex de instituir um processo mais célere, justo, menos complexo e mais condizente com as nossas necessidades sociais, como forma de pacificação jurisprudencial e julgamento vinculante.

De acordo com o NCPC, a reclamação é cabível para preservar a competência do tribunal e garantir a autoridade das decisões do tribunal e a aplicação de súmula vinculante e de decisão do STF proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, além de garantir a observância de acórdãos proferidos em julgamentos de IRDR ou incidente de assunção de competência.

Atualmente, pode ser ajuizada em qualquer tribunal, não apenas nos superiores. Trata-se de inovação relevante, já que no sistema processual anterior, o STF entendia que os tribunais de justiça somente poderiam processar e julgar reclamações se houvesse tal previsão nas respectivas constituições estaduais.

Ainda que o NCPC tenha ampliado as hipóteses de cabimento da reclamação, o STF vem analisando de forma rígida o seu cabimento, afastando toda e qualquer tentativa de fazer uso desse remédio como se recurso fosse.

Posteriormente à edição do NCPC, a Lei n. 13.256/2016 impôs limites ao manejo da reclamação, que não pode ser proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada ou antes do exaurimento das instâncias ordinárias, para garantir a observância de acórdão proferido em sede de repercussão geral ou de recursos repetitivos. Essa necessidade de esgotamento das instâncias ordinárias também impede a propositura de reclamação nos casos de: (i) suspensão errônea de processo em função de afetação de recurso repetitivo, hipótese em que é cabível a apresentação de simples petição fazendo distinção entre os casos (artigo 1.037, § 9º) e, se mesmo assim for mantida a decisão, caberá agravo de instrumento ou interno, a depender a instância em que se encontra o processo; (ii) recurso especial ou extraordinário indeferido em razão da errônea aplicação de julgado vinculativo (nesse caso será cabível agravo em REsp ou RE).

A reclamação tem papel relevante em matéria tributária, que, pela sua natureza, é terreno fértil para a resolução de questões pela sistemática dos recursos repetitivos ou com repercussão geral. Grande parte das ações tributárias tem como objeto discussões exclusivamente de direito, centradas na correta aplicação do sistema constitucional tributário, do CTN e das leis complementares que instituem as normas básicas para a incidência dos impostos. Além disso, a natureza dessas

ações faz com que sejam replicadas em massa, já que se aplicam a inúmeros contribuintes sujeitos à mesma incidência. E a centralidade da discussão constitucional e da aplicação das leis complementares tributárias determina que essas demandas tenham a sua análise final efetuada pelo STF e/ou pelo STJ.

Apesar de a sistemática do CPC/15 ser um importante avanço, há desafios sistêmicos imprescindíveis para que o sistema de decisões vinculantes produza os efeitos pretendidos, como a correta criação de precedentes com eficácia vinculativa, cabendo aos julgadores o cuidado ao delimitar a tese jurídica que está sendo apreciada no julgamento que gerará precedente vinculativo, e o aprimoramento da aplicação dos precedentes vinculativos pela técnica da distinção (*distinguishing*).

IMPACTOS DO NCPC AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

Gabriela Silva de Lemos

1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil (NCPC), introduzido pela Lei n. 13.105/2015, trouxe inúmeras inovações ao direito processual civil e tem, a nosso ver, o propósito de adequar o procedimento judicial às diretrizes constitucionais, já que o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) reclamava premissas adequadas aos princípios da Constituição Federal (CF) promulgada em 1988. Essa conclusão decorre já do art. 1º do NCPC que determina que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Com efeito, sendo a CF a base para a aplicação das demais normas, evidentemente as regras do processo civil estabelecidas seja na lei geral (NCPC), seja em leis especiais (Lei de Execução Fiscal, Lei do Mandado de Segurança, Lei da Medida Cautelar Fiscal, dentre outras) somente podem ser aplicadas em conformidade com as normas e os valores fundamentais, quais sejam: segurança jurídica, contraditório, ampla defesa, dentre outros que asseguram os direitos de todos os cidadãos.

Considerando os diversos regramentos aplicáveis ao processo civil, analisaremos no presente estudo os impactos do NCPC ao rito processual das execuções fiscais, em especial o processamento dos embargos às execuções fiscais. Atendo-se, assim, ao objeto do presente estudo, devemos iniciá-lo lembrando que o

procedimento aplicável às execuções fiscais é definido pela Lei n. 6.830/1980 (Lei da Execução Fiscal – LEF), lei especial que, em princípio, não poderia ser revogada pelo NCPC, lei geral sobre a matéria.

Nesse contexto, analisaremos a seguir a compatibilidade entre o NCPC e a LEF, observando sua adequação ao texto constitucional e exemplificando as relevantes mudanças práticas que poderão ser observadas no rito dos embargos de devedor, em razão do advento do NCPC.

2. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO NCPC AO RITO DAS EXECUÇÕES FISCAIS

A LEF, em seu art. 1º, estabelece que “A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, **subsidiariamente**, pelo Código de Processo Civil” (grifo nosso). O NCPC, por sua vez, também deixa claro em seu art. 318 que “Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei. Parágrafo único. **O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução**” (grifos nossos). Fica claro, assim, que as disposições contidas no NCPC são aplicáveis **subsidiariamente** às execuções fiscais e, evidentemente, aos respectivos embargos de devedor.

Por aplicação subsidiária entende-se a utilização complementar de dispositivos da lei geral (NCPC) às lacunas da lei especial (LEF), desde que não sejam contraditórios. Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendimento consolidado, como vemos no disposto no Recurso Especial (REsp) n. 1390431, no sentido de que “Nos termos do art. 1º da Lei n. 6.830/80, as disposições contidas no Código de Processo Civil aplicam-se à execução fiscal apenas de modo subsidiário, ou seja, somente quando naquela norma (a LEF) não houver disposição sobre o que se quer disciplinar” (REsp n. 1390431/PE, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em: 17 out. 2013, DJe: 24 out. 2013).

Em julgamento na sistemática dos recursos repetitivos, decidiu aquela corte, em outra oportunidade, que a aplicabilidade do NCPC estaria condicionada à compatibilidade entre as normas:

Não coaduno com o raciocínio de que as reformas feitas no CPC/73 pela Lei n. 11.382/2006 sejam um “pacote fechado” que deve ser integralmente aplicado às execuções fiscais. De ver que a própria exposição de motivos desta

reconhece a “relativa autonomia” do executivo fiscal com a Lei n. 6.830/80. Sendo assim, em obediência aos princípios orientadores de ambas as leis, é necessário confrontar norma com norma para verificar aquelas que são compatíveis com a LEF e com os princípios de sua elaboração, notadamente, a valorização da cobrança do crédito público sobre o privado. [...] Em outra ponta, sempre com respeito aos que pensam de forma diversa, é de se afastar a aplicação nas execuções fiscais do art. 736, do CPC, na redação dada pela Lei n. 11.382/2006, que exime o executado de garantir o juízo para opor-se à execução por meio de embargos. Isto porque a LEF não é silente no ponto, pois seu art. 16, §1º registra expressamente que “Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução”. (REsp n. 1272827/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, julgado em: 22 maio 2013, DJe: 31 maio 2013)

Há situações, assim, em que a jurisprudência se sedimentou pela aplicação da regra prevista na lei geral, como no caso da aplicação do art. 739-A do CPC/73, com redação dada pela Lei n. 11.382/2006, quanto à necessidade de atribuição de efeito suspensivo aos embargos de devedor pelo juízo, afastando-se o entendimento de que o efeito suspensivo automático dos embargos de devedor seria a lógica prevista expressamente na LEF. Por outro lado, há também situações em que se afastou a aplicação da regra geral (art. 736 do CPC/73, com redação dada pela Lei n. 11.382/2006), que previa o cabimento de embargos de devedor antes de garantido o juízo, por se entender que tal regra contrariaria o art. 16, § 1º, da lei especial (LEF).

Ainda no contexto da aplicação do NCPC ao rito das execuções fiscais, vale mencionar o art. 15, que estabelece de forma ainda mais ampla que, “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcanti Ramos Machado¹ entendem que o art. 15 do NCPC é

mera explicitação didática, enunciando algo que em larga medida já vinha sendo feito à luz do CPC de 1973. Em verdade, essa aplicação supletiva e subsidiária

1 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. O novo Código de Processo Civil e o Processo Tributário. In: ROCHA, Valdir de Olveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2015. v. 19.

é explicada pela Teoria do Direito, e decorre do fato de que se estaria diante de situações análogas, dotadas de um mesmo “elemento relevante”, sendo contrário aos valores consagrados no próprio sistema deixar uma delas sem tratamento específico, pois isso implicaria sujeitá-la à norma geral segundo a qual a falta de previsão implica impossibilidade de se praticar o ato.

O termo acrescido nesse dispositivo, **aplicação supletiva**, transmite a ideia de complementação. Em outras palavras, a aplicação supletiva da admite que, mesmo havendo apenas uma lacuna parcial na norma especial (eleitoral, trabalhista ou administrativa), a regra prevista no NCPC pode ser aplicada para complementá-la. Assim, diante da existência de abrangências distintas do NCPC (art. 15 e 318) a procedimentos especiais, parece-nos importante avaliar como será a sua aplicação ao rito das execuções fiscais, já que é esse o objeto de nosso estudo.

Pois bem, a **aplicação subsidiária** (prevista para o rito das execuções fiscais e também para os procedimentos trabalhista, eleitoral e administrativo) indica a aplicação da regra geral às situações em que houver uma lacuna na lei especial. Por sua vez, a **aplicação supletiva** (prevista apenas para os procedimentos trabalhista, eleitoral e administrativo) indica a possibilidade de complementação normativa, isto é, a aplicação de uma norma mais completa quando houver uma lacuna parcial na legislação especial. Com isso, considerando que a aplicação do NCPC ao rito da execução fiscal é apenas **subsidiária**, seus dispositivos somente poderão ser observados se houver lacuna completa na LEF.

Em outras palavras, em situações em que a LEF estabelece regra parcial ou incompleta, não é possível que dispositivo mais completo previsto pelo NCPC seja aplicado ao rito das execuções fiscais. Aliás, não é demais lembrar que a própria LEF estabelece que a aplicação do NCPC seja apenas subsidiária. Daí porque admitir que o NCPC poderia ser aplicado também supletivamente, alterando conceitos e regras preexistentes, seria o mesmo que admitir a possibilidade de lei geral revogar lei especial, o que não é possível em nosso sistema jurídico.

Fixadas tais premissas, adiante trataremos das mudanças práticas no rito e no procedimento dos embargos de devedor decorrentes do advento do NCPC.

3. RELEVANTES ALTERAÇÕES NO PROCEDIMENTO

Partindo-se da premissa que os dispositivos do NCPC são aplicáveis apenas subsidiariamente ao rito das execuções fiscais, discutiremos os relevantes impactos trazidos por esse diploma ao procedimento dos embargos às execuções fiscais.

3.1 Prazos aplicáveis

Com o advento do art. 219 do NCPC, os prazos processuais passaram a ser computados considerando-se apenas os dias úteis. A LEF, por sua vez, nada dispõe acerca da forma de contagem dos prazos para adoção dos atos processuais nela previstos, sendo que a legislação que estabelecia, até o advento do NCPC, que os prazos deveriam ser computados de forma contínua era o hoje revogado art. 178 do CPC/73.

Com isso, se desde a edição da LEF o CPC/73 já era aplicado **subsidiariamente** para definir a forma de contagem dos prazos processuais, da mesma forma, com a alteração da regra processual, o NCPC deve ser observado **subsidiariamente** nesse particular. Assim, a nosso ver, no âmbito das execuções fiscais e dos respectivos embargos, os prazos devem ser computados apenas considerando-se os dias úteis.

3.2 Efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal

Desde o advento da Lei n. 11.382/2006, que incluiu o art. 739-A no CPC/73, muito se discute sobre a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, que tem o condão de evitar o prosseguimento da execução fiscal embargada. Isso pois o CPC/73 passou a prever que os embargos à execução não tinham efeito suspensivo automático, mas este poderia ser conferido pelo juízo, a pedido do embargante, se “relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”.

Em princípio, dada a aplicação exclusivamente subsidiária e não supletiva da regra geral (NCPC) à lei de execução fiscal, não vislumbramos como poderia tal dispositivo impactar o rito das execuções fiscais. Deveras, é da ordem lógica de atos processuais estabelecidos nos art. 18 e 19 da LEF que decorre o efeito suspensivo dos embargos de devedor, uma vez que não é possível dar movimentação à execução fiscal até que sejam encerradas todas as fases previstas pela lei. Logo, trata-se de verdadeira situação em que a norma especial (LEF) contém lacuna parcial, já que, apesar de não prever expressamente o efeito suspensivo dos embargos de devedor, induz a atribuição de efeito suspensivo a esse incidente. De fato, não havendo uma lacuna completa, não poderia ser a lei especial **supletivamente** integrada por regra prevista em lei geral (NCPC).

A despeito desse entendimento pessoal, a jurisprudência inclinou-se pela aplicação do art. 739-A ao rito das execuções fiscais, daí porque admitiremos a aplicação do art. 919 do NCPC, que àquele substituiu, ao procedimento ora em análise. Com efeito, o art. 919 do NCPC manteve como regra geral a não atribuição automática de efeito suspensivo aos embargos à execução e passou a estabelecer que para seu deferimento (i) devem ser observados os requisitos para a concessão da tutela provisória e (ii) a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Ocorre que não foi definido nesse dispositivo se os requisitos seriam aqueles para a concessão da tutela provisória de urgência ou para a tutela provisória da evidência. A tutela de urgência “será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, conforme dispõe o art. 300 do NCPC. Já a tutela de evidência será concedida “independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”, desde que demonstrados os requisitos previstos nos incisos I a IV do art. 311.

Cassio Scarpinella Bueno,² ao enfrentar essa lacuna, concluiu que:

sobre a presença dos elementos de tutela provisória para concessão do efeito suspensivo aos embargos à execução, cabe lembrar que a tutela provisória pode ser fundamentada na urgência e na evidência (art. 294, caput), não havendo razão nenhuma para destacar, aprioristicamente, que o embargante não possa trazer, com as adaptações cabíveis, a conhecimento do magistrado, nenhuma das hipóteses do art. 311 sobre a tutela de evidência.

Já Teresa Arruda Alvim Wambier et al.³ entendem que “a concessão do efeito suspensivo aos embargos pode se fundamentar na urgência ou na evidência, conforme o caso”.

Essa possibilidade de que apenas os requisitos previstos no art. 311 do NCPC (preponderantemente ligados a bom direito e provas robustas) sejam demonstrados para atribuição do efeito suspensivo aos embargos de devedor é uma mudança

2 BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 526.

3 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1301.

de grande relevância, já que afasta a exigência de comprovação do receio de dano pelo executado, na hipótese de prosseguimento da execução fiscal.

3.3 Efeitos da apelação em embargos à execução fiscal

Na LEF não há qualquer previsão sobre o recurso cabível em face da sentença proferida em embargos de devedor nem sobre os efeitos que serão atribuídos ao recurso de apelação que em face dela pode ser interposto. Assim, estamos diante de clara lacuna completa da legislação especial que reclama, portanto, a aplicação subsidiária da norma geral (NCPC).

Analisando-se a regra geral, em face da sentença poderá ser interposto recurso de apelação (art. 1.009), que será recebido no efeito suspensivo, nos termos do art. 1.012 do NCPC, com algumas exceções. Ao ressaltar o efeito suspensivo automático, o § 1º do mesmo dispositivo determina que “começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que [...] III – extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado”.

É evidente que a ausência de efeito suspensivo à apelação interposta em face de sentença que julga improcedentes os embargos à execução fiscal é deveras danosa ao executado, que passa a submeter-se ao risco de que o exequente busque a liquidação da garantia. Esse grave dano, contudo, pode ser mitigado, já que a legislação admite a concessão de tutela provisória com o propósito de evitar o prosseguimento da execução fiscal, ao permitir que a “eficácia da sentença seja suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação” (art. 1.012, § 4º).

3.4 A sucumbência nos embargos à execução fiscal

Mais uma vez, silencia a LEF quanto à sucumbência aplicável em executivos fiscais e nos respectivos embargos de devedor, daí porque, sob esse aspecto, aplicam-se as disposições do NCPC.

O § 1º do art. 85 do NCPC dispõe que “São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente”. Desse dispositivo podemos concluir que é possível a condenação cumulativa em execução fiscal e nos seus respectivos embargos de devedor.

Essa situação não é novidade e já foi inclusive analisada pelo STJ, que concluiu que “a condenação em honorários na execução fiscal não exclui a verba honorária

devida nos embargos do devedor, pois este constitui verdadeira ação autônoma, observado o limite percentual de 20% (art. 20, § 3º, do CPC) na soma das duas verbas)” (Agravo Regimental no Agravo em REsp n. 632.630/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em: 10 mar. 2015, DJe: 16 mar. 2015).

A grande inovação do NCPC ao contexto da sucumbência, na verdade, decorre do § 3º do art. 85, que estabelece percentuais mais objetivos e em menores faixas vinculados não mais ao valor da causa, mas ao benefício econômico almejado, nas ações em que figurar como parte a Fazenda Pública – o que inclui, evidentemente, as execuções fiscais e os respectivos embargos de devedor.

O CPC/73 previa em seu art. 20, § 4º:

Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou **for vencida a Fazenda Pública**, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior. (grifo nosso)

Assim, se antes a legislação conferia ao magistrado grande liberdade para definir o percentual de honorários advocatícios a serem cobrados da Fazenda Pública, o NCPC passou a estabelecer regra isonômica que impõe a fixação de honorários seguindo os mesmos parâmetros em faixas percentuais variáveis conforme o valor envolvido na demanda, seja quando a Fazenda Pública for vencida, seja quando for vencedora.

A nosso ver, além de trazer critério isonômico para fixação de sucumbência, a novel legislação é positiva, pois permite aos litigantes (contribuintes) identificar de forma mais objetiva o risco financeiro relacionado ao ajuizamento de determinada ação judicial provocado por eventual julgamento final desfavorável. Isso porque, se pelo regime do CPC/73 o contribuinte estava sujeito à condenação de honorários que poderiam ser fixados em até 20% do valor em discussão, pela nova sistemática, a parte estará sujeita a novas faixas que poderão dar ensejo a uma condenação que variará de 1% a 3% do valor discutido (art. 85, inciso V).

3.5 Os encargos da dívida ativa

Diante desses novos limites de sucumbência fixados pela legislação, é necessário que se faça uma reflexão sobre a possibilidade de as Fazendas Públicas continuarem exigindo os encargos da inscrição em dívida ativa em percentuais fixos que desconsiderem por completo o valor em execução. Entendemos que essa conduta

não mais se adequa à legislação hoje em vigor. Com efeito, a nosso ver, o § 3º do art. 85 do NCPC, ao instituir faixas de parâmetro para fixação dos honorários, revogou o chamado “encargo legal”, previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/1969, que autoriza a Fazenda Nacional a cobrar “taxa, no total de 20% (vinte por cento), paga pelo executado, a ser recolhida aos cofres públicos, como renda da União”.

Essa conclusão decorre da natureza jurídica do “encargo legal”, que foi analisado pelo STJ,⁴ o qual entendeu que ele substitui a verba honorária a que teria direito a União quando saísse vencedora em ações que têm por objeto débito inscrito em dívida ativa. Esse entendimento tem origem na Súmula 168 do antigo Tribunal Federal de Recursos: “O encargo de 20%, do Decreto-Lei 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios o encargo legal cobrado pela Fazenda Nacional por ocasião”.

Ora, se o encargo de 20% do Decreto-Lei n. 1.025/1969 tem verdadeira natureza de honorários advocatícios e o NCPC determina que nas demandas envolvendo a Fazenda Pública os honorários de sucumbência deverão ser fixados de acordo com as faixas previstas no § 3º do art. 85, as quais preveem na maioria das vezes a exigência de honorários em patamar inferior a 20%, evidentemente estamos diante de normas que conflitam entre si. Nesse caso, não estamos diante de conflito entre a aplicação subsidiária ou supletiva do NCPC à LEF, mas de duas normas jurídicas distintas tratando de uma mesma situação: os percentuais de sucumbência aos quais faz jus a Fazenda Nacional. Deveras, a execução fiscal ajuizada pela Fazenda Nacional é uma demanda envolvendo a Fazenda Pública, que atrai a regra do art. 85, § 3º, do NCPC.

Diante dessa “antinomia jurídica”, o artigo 1º, § 1º, do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) determina a aplicação do critério cronológico: “§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. Em outras palavras, tratando ambas as leis de honorários advocatícios sucumbenciais em causas envolvendo a Fazenda Nacional, de rigor seria a aplicação da lei posterior, qual seja, o NCPC.

4 REsp n. 1143320/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, julgado em: 12 maio 2010, DJe: 21 maio 2010, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/73).

Mas não é só isso: a exigência de encargo legal na faixa de 20% gera situação claramente anti-isonômica na medida em que assegura à Fazenda Pública, nos casos em que venha a lograr êxito em execuções e ações anulatórias de valores mais elevados, honorários cerca de dez vezes maiores que os devidos ao particular na hipótese de a Fazenda ser vencida, a depender do valor envolvido.

Da comparação entre a potencial sucumbência aplicável sob a égide do CPC/73 e o encargo legal previsto pelo Decreto-Lei n. 1.025/1969, não se identificava violação ao princípio da isonomia, pois a sucumbência devida ao advogado do contribuinte na hipótese de o débito ser cancelado poderia chegar aos mesmos 20% do encargo legal. A nova legislação processual, contudo, editada com o expresso propósito de valorizar e observar preceitos constitucionais, ao estabelecer faixas de honorários aplicáveis igualmente a ambas as partes envolvidas no litígio bem denota que o tratamento deve ser equivalente. Logo, não há como se admitir a imposição dos encargos legais na razão de 20% quando os honorários do advogado do contribuinte atingiriam percentual muito inferior a esse.

Por conta disso, independentemente do critério que se utilize para aplicação dos percentuais de condenação em sucumbência, seja o cronológico, seja a adequação ao texto constitucional, os encargos previstos pelo Decreto-Lei n. 1.025/1969 devem respeitar as novas faixas percentuais previstas pelo NCPC, o que significa encargos máximos de 3% para dívidas de valor expressivo.

Situação ainda mais grave que a das execuções fiscais propostas pelo fisco federal, nas quais a manutenção dos encargos legais no patamar de 20% pode ser controversa, nas execuções fiscais estaduais e municipais a inclusão de encargos correspondentes a 20% do débito acontece sem qualquer previsão normativa, sob o pretexto de se tratar de antecipação dos honorários que seriam devidos na execução do débito. Nesses casos, a redução dos honorários para adequá-los aos percentuais previstos pelo art. 85, § 3º, do NCPC é medida que se impõe de forma ainda mais clara.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente trabalho, foi possível notar que o NCPC, editado com o propósito de dar ênfase às garantias constitucionais do processo civil, aplica-se subsidiariamente ao rito das execuções fiscais e dos respectivos embargos de devedor. A aplicação subsidiária de suas diretrizes deve ocorrer sempre que a LEF não tratar do assunto e desde que não seja com ela incompatível, já que não se admite que lei geral posterior revogue lei especial anterior.

A nosso ver, para a aplicação subsidiária do NCPC ao rito das execuções fiscais, é necessário que a lacuna da lei especial seja completa, afastando-se assim a aplicação da norma geral nas situações em que a LEF trate apenas parcialmente do tema.

Por derradeiro, parece-nos que o impacto mais relevante do NCPC ao processo de execução fiscal está ligado à aplicação dos novos critérios de sucumbência e aos efeitos deles decorrentes aos encargos da inscrição em dívida ativa. Com efeito, a inclusão dos encargos da inscrição em dívida ativa para fazer frente a eventual condenação em sucumbência em patamar fixo de 20%, desconsiderando por completo o valor inscrito em dívida ativa, além de contrariar o NCPC impõe situação anti-isonômica entre os advogados do contribuinte e da Fazenda Pública.

A conclusão a que se chega é que, para o NCPC dar a efetividade que busca à CF, essa situação deve ser levada ao judiciário, que certamente ajustará os indigitados encargos da inscrição em dívida ativa aos patamares adequados ao valor em execução.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE GRUPOS ECONÔMICOS E O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NCPC

Leonardo Nuñez Campos

1. INTRODUÇÃO

A edição da Lei n. 13.105/2015 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o Novo Código de Processo Civil (NCPC), substituindo o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73). Dentre as diversas inovações promovidas no sistema processual está o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (IDPJ), que traz um procedimento próprio visando garantir o devido processo legal substantivo no caso de aplicação da *disregard doctrine*.

O presente artigo tem como objeto a verificação da possibilidade de utilização do IDPJ nas execuções fiscais, especialmente nos casos em que há a responsabilização pelo pagamento do crédito tributário de empresas partícipes de grupos econômicos. Para alcançar o objetivo proposto, a análise será dividida em duas etapas. Após esta introdução, os itens 2 e 3 buscarão analisar o que são os grupos econômicos e quais as hipóteses de responsabilização dos seus componentes pelo pagamento de tributos. Em seguida, o item 4 tratará dos problemas inerentes ao redirecionamento de execuções fiscais, expondo as mitigações ao contraditório decorrente da prática judicial. Por fim, o item 5 analisará o IDPJ, abordando detalhes sobre o instituto e a sua aplicabilidade nas execuções fiscais, para, então, verificar se nos casos autorizados de redirecionamento para empresas que participam de grupo econômico é necessária a aplicação do IDPJ.

2. GRUPOS ECONÔMICOS: CLASSIFICAÇÃO E CONCEITO

O tema objeto do presente capítulo – a responsabilidade tributária de grupos econômicos – é um dos problemas que se situa exatamente na interseção entre dois ramos da ciência do direito: o direito público e o direito privado, especificamente o direito tributário e o direito societário.

A imprecisa definição do que seriam “grupos econômicos”, tema inicialmente afeito ao direito societário, e as lacunas na legislação quanto às hipóteses de responsabilização dos grupos por débitos de natureza fiscal, tema afeito ao direito tributário, geram enorme insegurança para os agentes econômicos que se organizam para explorar negócios por meio de empresas plurissocietárias. Essa forma de organização empresarial é responsável por parcela vultosa dos negócios realizados no Brasil e no mundo. As variadas alternativas de organização societária das empresas representam, para os legisladores e para os intérpretes do direito, imensas dificuldades de conceituação, sistematização e classificação desses grupos. A diversidade é tanta que Claude Champaud¹ chega a afirmar que “existem atualmente tantos tipos de grupos econômicos quanto os próprios grupos”.

A dinâmica organização das empresas, embora seja uma realidade inafastável,² pode causar perplexidade aos estudiosos de direito na medida em que põe em xeque aquilo que o português Engrácia Antunes denominou “vacas sagradas” do direito das sociedades comerciais: os dogmas da personalidade jurídica da sociedade comercial e da limitação de responsabilidade dos sócios.³ Os legisladores, então, passaram a implementar formas de regulação dos grupos para que os problemas decorrentes desse tipo de organização de empresa fossem minorados, já que o direito societário clássico não trazia as respostas adequadas

1 CHAMPAUD, Claude apud MEIRELES, Edilton. *Grupo Econômico Trabalhista*. São Paulo: LTR, 2002.

2 Danilo Borges dos Santos Gomes de Araújo e Walfrido Warde Jr. afirmam que: “Hoje, não seria absurdo dizer que os grupos representam o grosso daqueles fenômenos econômicos-sociais que estão na esfera do direito societário, ainda que os textos legislativos acanhem-se em assim se expressar. Algum laconismo legislativo é suprido pelos cada vez mais abundantes precedentes jurisprudenciais, pela já consolidada doutrina, e, sobretudo, pelos maneirismos e pelos interesses do homem de empresa” (ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR., Walfrido. *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012).

3 ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 2, p. 29-68, jun.-dez. 2005.

para a solução dos conflitos.⁴ Essa regulação se deu de forma diferente em cada país, mas pode ser resumida em dois modelos básicos: o modelo contratual e o modelo orgânico.

O modelo contratual de regulação dos grupos de sociedades (*konzern*) foi inaugurado pela Alemanha por meio da Lei Societária Alemã de 1965 (*Aktiengesetz*). Esse modelo, adotado de forma semelhante em Brasil, Portugal, Croácia, Eslovênia e Taiwan,⁵ tem como característica principal a normatização do tema a partir da natureza do instrumento jurídico de constituição do grupo.⁶ A característica marcante desse modelo é a existência de regulação para a formação e a atuação dos grupos de sociedade, que devem ser constituídos por meio de um instrumento de contrato no qual estejam claras as regras de funcionamento e a relação entre as sociedades que o compõem.

Já a forma de regulação do modelo orgânico parte do pressuposto de que os grupos de sociedade têm sua existência decorrente da constatação de que uma sociedade se relaciona com outras por uma relação de subordinação a uma direção econômica unitária comum, não sendo relevante a formalização a partir de nenhum instrumento de constituição específico.⁷ É esse o modelo constante nos projetos de Estatutos da Sociedade Anônima Europeia (SAE) e no Projeto de 9ª Directiva Comunitária relativa aos grupos de sociedades (PDC).⁸

Tal modelo também prevê a existência de normas que “em derrogação dos cânones clássicos do direito das sociedades, vêm legitimar o exercício de um poder de direcção por uma sociedade-mãe sobre as sociedades-filhas agrupadas”, além

4 NUNES, Gonçalo Nuno Cabral de Almeida Avelãs. *Tributação dos grupos de sociedades pelo lucro consolidado em sede de IRC: contributo para um novo enquadramento dogmático e legal do seu regime*. Coimbra: Almedina, 2001.

5 NUNES, Gonçalo Nuno Cabral de Almeida Avelãs. *Tributação dos grupos de sociedades pelo lucro consolidado em sede de IRC: contributo para um novo enquadramento dogmático e legal do seu regime*. Coimbra: Almedina, 2001.

6 ANTUNES, José Engrácia. *Os grupos de sociedade: estrutura e organização da empresa plurisocietária*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002.

7 ANTUNES, José Engrácia. *Os grupos de sociedade: estrutura e organização da empresa plurisocietária*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002.

8 A última versão dos projetos do SAE já não continha nenhum capítulo tratando dos grupos, enquanto as propostas do PDC nunca chegaram a ser aprovadas. NUNES, Gonçalo Nuno Cabral de Almeida Avelãs. *Tributação dos grupos de sociedades pelo lucro consolidado em sede de IRC: contributo para um novo enquadramento dogmático e legal do seu regime*. Coimbra: Almedina, 2001.

de “estabelecer a tutela para estas sociedades, respectivos sócios e credores”.⁹ Portanto, diferente do modelo contratual, a essência da realidade de controle é o fator preponderante para a definição do que é o grupo societário no modelo orgânico.

O legislador brasileiro não passou ao largo da realidade econômica da organização empresarial plurissocietária, sendo possível identificar, em diversos extratos legislativos, menções tendentes a regular a atividade dos grupos de empresas. Existe, entretanto, uma falta de sistematização do tema, de modo que cada segmento da legislação trata do assunto de forma distinta, trazendo grandes confusões conceituais que precisam ser enfrentadas. Pode-se, então, afirmar que não há um conceito unitário trazido pela legislação para regulamentar a matéria,¹⁰ de forma que cada ramo do direito vem a tratar do tema da forma que mais lhe convém para o regramento das condutas dos indivíduos.¹¹

O Decreto-Lei n. 5.452/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), por exemplo, utiliza a classificação baseada na atividade principal das empresas do grupamento, tendo utilizado o termo “grupo industrial, comercial ou de qualquer atividade econômica”, que seria constituído no caso de empresas estarem “sob

9 ANTUNES, José Engrácia. *Os grupos de sociedade: estrutura e organização da empresa plurissocietária*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002. p. 178.

10 “Defende-se, portanto, a não-unidade do conceito de grupo de sociedades de forma a ser aplicado a todo o sistema jurídico. Cada ramo do direito deve estabelecer os elementos específicos, levando em consideração os objetivos a serem atingidos, existindo, assim, definições diferentes no direito societário, no direito da concorrência, no direito do trabalho e no direito tributário. Ademais, no próprio direito societário há diversas perspectivas, pois pode-se buscar tanto a proteção do patrimônio social, dos credores e dos sócios externos como ter em vista os deveres de informação e critérios contábeis, a insolvência, as normas penais societárias, a desconsideração da personalidade jurídica e até mesmo o aspecto orgânico do grupo como tal” (PRADO, Viviane Muller. *Conflito de interesses nos grupos societários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 153).

11 Essa ideia está presente nos escritos de Gunther Teubner: “Exigências mínimas de segurança jurídica poderiam ser satisfeitas através da previsão de um conjunto de elementos típicos e fixos do conceito de grupo, comuns a todos os ramos jurídicos, designadamente em matéria de direcção unitária do grupo. Todavia, uma vez verificada esta condição mínima comum, os critérios de imputação deveriam permanecer flexíveis e determináveis de acordo com o contexto jurídico concreto em causa. Finalmente, poder-se-ia evitar a degradação de uma tal técnica de imputação múltipla numa arbitrária ‘Kadijustiz’ caso se salvaguardasse a sua orientação pelas máximas seguintes: manutenção das vantagens organizacionais da descentralização e eficácia regulatória enquanto implementação dos objetivos político-jurídicos das normas” (TEUBNER, Gunther. *Unitas multiplex: a organização do grupo de empresas como exemplo*. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 2. p. 77-100, jun.-dez. 2005. p. 98).

direção controle ou administração de outras”. O grupo, então, é identificado por critério orgânico, não em função da existência de contrato. Já a Lei n. 6.404/1976 (Lei das S/A), influenciada pela lei societária alemã de 1965,¹² traz regulação do tema adotando o modelo contratual, que resulta na existência de dois tipos que podem ser distinguidos pela classificação da doutrina em “grupos de fato” (Capítulo XX) e “grupos de direito” (Capítulo XXI).

O direito tributário também não passou ao largo da realidade econômica, havendo distintas normas que abordam a relação das empresas agrupadas. Podem-se citar: (i) a Lei n. 5.502/1964 (Lei do IPI), que trata de “firmas interdependentes”; (ii) o Decreto-Lei n. 1.598/1977,¹³ que possibilitou a tributação conjunta do Imposto de Renda no caso de grupos e trouxe regras para combater de distribuição disfarçada de lucros entre “pessoas ligadas”; (iii) a Lei n. 12.249/2010, na parte que trata das regras de combate dos efeitos da subcapitalização; (iv) a Lei n. 9.430/1996, no que se refere aos preços de transferência; (v) a Solução de Consulta n. 08/2012 e a Solução de Divergência n. 23/2012, ambas da Coordenação Geral de Tributação (Cosit) da Secretaria da Receita Federal do Brasil, que trataram de esclarecer a possibilidade de sociedades firmarem contratos de rateio de despesas (*costsharing*) para dividir aqueles custos que são comuns às empresas do grupo; (vi) o art. 33¹⁴ da Lei n. 13.043/2014, convertida a partir da Medida Provisória (MP) n. 651/2014, que considerou a existência de grupos para permitir a transferência

12 PRADO, Viviane Muller. *Conflito de interesses nos grupos societários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

13 O Decreto-Lei n. 1.598 logo foi alterado pelo Decreto-Lei n. 1.648, que revogou os dispositivos que autorizavam a tributação conjunta. O interessante a notar neste momento é que, em que pese respeitasse as regras dos “grupos de direito”, a disposição legal trazia novos critérios para a aplicação do dispositivo aos “grupos de fato”, visto que a Lei das S/A não impõe percentual de 80% do capital social para a sua caracterização. O exemplo serve para confirmar a tese da falta de sistematização na regulação do tema.

14 “Art. 33. O contribuinte com parcelamento que contenha débitos de natureza tributária, vencidos até 31 de dezembro de 2013, perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB ou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN poderá, mediante requerimento, utilizar créditos próprios de prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa da CSLL, apurados até 31 de dezembro de 2013 e declarados até 30 de junho de 2014, para a quitação antecipada dos débitos parcelados. § 1º Os créditos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL poderão ser utilizados, nos termos do caput, entre empresas controladora e controlada, de forma direta ou indireta, ou entre empresas que sejam controladas direta ou indiretamente por uma mesma empresa, em 31 de dezembro de 2013, domiciliadas no Brasil, desde que se mantenham nesta condição até a data da opção pela quitação antecipada. (Vide Lei nº 13.097, de 2015).”

de créditos de prejuízos fiscais intragrupo; e (vii) o art. 30, inciso IX, da Lei n. 8.212/1991, que trata das contribuições previdenciárias e trouxe a previsão de responsabilidade solidária de empresas integrantes de grupos econômicos.

Então, dentro do quadro brasileiro de adoção ora do modelo contratual ora do modelo orgânico de classificação dos grupos econômicos, podem-se distinguir três tipos de grupo: (i) os grupos de sociedades cuja relação de domínio é formalizada contratualmente segundo os preceitos do Capítulo XXI da Lei das S/A, classificados como “grupos societários de direito”; (ii) os grupos societários cujo poder de direção se dá pelos instrumentos de controle previstos no Capítulo XX da Lei das S/A e no art. 1.097 do Código Civil (Lei n. 10.406/2002), denominados “grupos societários de fato”; e (iii) os grupos cuja relação entre os partícipes não se encontra materializada de acordo com a Lei das S/A, mas o domínio existe por outros instrumentos previstos ou não no direito, que podem ser denominados “grupos orgânicos”.

O que se intitula grupo orgânico merece melhor aprofundamento. Seria esta a categoria a abarcar todas as possibilidades – lícitas ou não – de constatação de direção unitária e domínio a justificar o direcionamento das atividades dos integrantes para que seja atendido o interesse do grupo, que nem sempre converge com o interesse dos participantes individualmente considerados. O poder de direção pode ser exercido de inúmeras formas. O importante na identificação desses grupos é constatar quem, de fato, toma as decisões sobre as deliberações sociais, mesmo que não haja o instrumento jurídico adequado para tanto.

Talvez seja este o tipo mais comum de grupo econômico e aquele com o qual se preocupa grande parte da jurisprudência. Os elementos capazes de demonstrar que há um alinhamento em prol de interesses transindividuais, ou seja, que a independência das sociedades é apenas formal, são diversos, podendo-se citar a identidade de administradores e contadores, a formação de quadro societário com os mesmos indivíduos, o compartilhamento de estrutura administrativa e a atuação idêntica, complementar ou similar.¹⁵

A supracitada falta de sistematização da legislação ressalta o papel da doutrina na construção do conceito de grupo econômico, já que o direito positivo

15 FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade tributária dos grupos econômicos: aumento de arrecadação em detrimento da legalidade?* 22 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.fiscosoft.com.br/a/gire/responsabilidade-tributaria-dos-grupos-economicos-aumento-de-arrecadacao-em-detrimento-da-legalidade-maria-rita-ferragut>>. Acesso em: 5 set. 2015.

brasileiro não traz uma definição jurídica do que seriam esses grupamentos. Nessa esteira, deve-se concordar com a advertência de Gunther Teubner¹⁶ no sentido de que “exigências mínimas de segurança jurídica poderiam ser satisfeitas através da previsão de um conjunto de elementos típicos e fixos do conceito de grupo, comuns a todos os ramos jurídicos, designadamente em matéria de direção unitária do grupo”.

Assim, dentro do cenário do sistema jurídico brasileiro, propõe-se conceituar “grupo econômico” como o conjunto de pessoas (naturais ou jurídicas) que exercem atividade empresária, são submetidas a direção unitária, independentemente do modelo jurídico da sua formalização, e atuam em prol de um interesse do grupo que transcenda o interesse de cada uma dessas pessoas individualmente consideradas. Os elementos do grupo econômico, então, seriam: (i) o interesse de grupo; (ii) a direção unitária à qual os indivíduos estão submetidos; e (iii) a pluralidade de indivíduos exercendo atividade econômica.

O “interesse de grupo” existe quando esse interesse autônomo da sociedade individualmente considerada passa a ser potencialmente desrespeitado e a sociedade pode agir em favor de um interesse maior, o do grupo. A ideia é que o resultado global do grupo seja mais importante que o desempenho específico de um dos seus partícipes, sendo possível, inclusive, que em diversos negócios se admita o sacrifício de um em prol de todos.¹⁷ Em que pese exista autonomia em sentido jurídico dos partícipes e cada um deles venha a exercer a sua atividade, há um liame que concatena os interesses individuais e os sobrepõem para a formação do interesse de grupo.

“Direção unitária” é entendida em um conceito amplo, que representa a forma de exercício de um domínio que possibilite a coordenação das atividades dos indivíduos agrupados. Geralmente esse domínio é, em grupos societários (de fato ou de direito), decorrente do exercício do poder de controle ou influência significativa de

16 TEUBNER, Gunther. *Unitas multiplex: a organização do grupo de empresas como exemplo*. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 2. p. 77-100, jun.-dez. 2005.

17 “Muito mais interessante é definir o interesse social em um âmbito mais abrangente do grupo de empresas, e ali procurar organizar o feixe de contratos. Isso implica subordinar o interesse da sociedade ao interesse do grupo, desaplicando conseqüentemente a disciplina do conflito de interesses. É evidente que a contrapartida necessária desse fato tem de ser uma rigorosa e coerente regra de compensação das perdas causadas aos minoritários. Os minoritários, entendidos como elementos quase externos ao interesse social e à sociedade, podem ser então muito melhor defendidos por via contratual do que quando englobados no interesse social” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 48).

uma sociedade sobre as demais. Há, porém, outras formas lícitas ou não de se exercer o domínio.¹⁸ O importante é que, uma vez verificado um conjunto de pessoas envolvidas em atividade econômica em que de algum modo é exercido o direcionamento de um integrante do grupo sobre os demais, de maneira que se possa potencialmente tangenciar o exercício dos atos da empresa contra o seu próprio interesse em prol do resultado global, pode-se dizer que se está diante de um grupo econômico.

O último e mais óbvio dos elementos caracterizadores do grupo econômico é a “pluralidade de sujeitos exercendo a atividade econômica”. A obviedade vem da constatação de que grupo não pode ser formado por um só sujeito, é necessário mais de um. Neste caso, os indivíduos podem ser pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado. Os grupos podem ter entre seus partícipes fundações, associações, empresas públicas,¹⁹ autarquias, dentre outros sujeitos, como entidades beneficentes de assistência social e Organizações Não Governamentais (ONG), desde que estejam todas elas envolvidas na atividade empresarial, ainda que com desvio de finalidade, o que não é fato raro.²⁰

3. GRUPOS ECONÔMICOS E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Uma vez explicitado de forma geral o que se entende por grupo econômico, cabe verificar em que hipótese poderia haver a responsabilização das empresas partícipes de grupos econômicos por débitos tributários.

18 Comparato denomina essas hipóteses de controle externo. COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5 ed. atual. por Calixto Salomão Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

19 PINTO JUNIOR, Mario Engler. Organização do setor público empresarial: articulação entre Estado e companhias controladas. In: ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR., Walfrido (Coord.). *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 327-368.

20 “ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. GESTORES DE ONG. DESVIO DE RECURSOS FEDERAIS RECEBIDOS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO, COM LIGEIRO AJUSTE NAS PENAS QUE LHES FORAM COMINADAS. PARCIAL PROVIMENTO DA APELAÇÃO. 1. A prova dos autos é mais que suficiente para demonstrar que os gestores de certa ONG, destinatária de recursos conveniados com o Ministério da Saúde (R\$ 32.124,00), não realizaram a finalidade contratada, nem prestaram as devidas contas, senão que usaram os valores em proveito próprio; [...] 4. Manutenção das penas de ressarcimento ao erário, de multa e de proibição de contratar com o Poder Público; 5. Apelação parcialmente provida” (Processo: 00034911020104058400, AC557381/RN, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, 2ª Turma, julgado em: 3 dez. 2013, DJe: 12 dez 2013).

De início, deve-se ressaltar que responsabilizar empresas do mesmo grupo econômico é uma opção legislativa, desde que respeitados os limites legais e constitucionais existentes em cada um dos subsistemas. É prerrogativa do legislador, de acordo com o interesse a ser resguardado e protegido em determinado ramo do direito, incluir ou não na lei aplicável a determinada área a possibilidade de responsabilização das empresas do mesmo grupo econômico.

O caso mais direto de atribuição de responsabilidade tributária está no art. 30, inciso IX, da Lei n. 8.212/1991, em que se encontra previsão determinando que “as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei”. A doutrina apresentou dedicação ao tema e diversos artigos foram escritos e publicados em revistas especializadas. Identificam-se posições que podem ser divididas em três grupos: (i) os que entendem que o art. 30, inciso IX, da Lei n. 8.212/1991 é inconstitucional;²¹ (ii) aqueles que pensam que o referido dispositivo tem amparo no art. 124, inciso II, do Código Tributário Nacional (CTN), sendo plenamente constitucional e aplicável;²² e, finalmente, (iii) aqueles que entendem que a solidariedade da lei ordinária há de ser interpretada dentro dos limites do CTN.²³

Entende-se, na esteira da primeira corrente, que a atribuição de responsabilidade tributária é tema que a Constituição Federal (CF) de 1988 reservou à lei complementar, razão pela qual a norma do art. 30, inciso IX, da Lei n. 8.212/1991, que tem natureza de lei ordinária, padece de vício formal, não podendo ser aplicada

21 “Sendo assim, é ilegítimo, ilegal, inconstitucional, arbitrário, aético e imoral o procedimento da Administração Fazendária de alargar as hipóteses de responsabilidade tributária previstas no CTN, adotando o conceito de ‘grupo econômico’, tal qual como delineado na legislação trabalhista (art. 2º, parágrafo 2º da CLT)” (MARTINS, Ives Gandra. Grupos econômicos e responsabilidade tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 236. São Paulo: Dialética, 2015. p. 101.

22 Dentre os autores que entendem pela constitucionalidade do art. 30, inciso IX, da Lei n. 8.212/1991, pode-se citar Lucas Fonseca de Mello, para quem o art. 124, inciso II, do CTN daria respaldo para a lei ordinária tratar do tema, bastando a hipótese estar prevista na lei, sem necessariamente encontrar base em outro dispositivo do CTN (MELLO, Lucas Fonseca de. Responsabilidade tributária de fundos de private equity e venture capital. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 192. São Paulo: Dialética, 2011.

23 Renato Lopes Becho entende que o art. 30, inciso IX, da Lei n. 8.212/1991 deve ser interpretado sistematicamente, conforme os contornos do CTN, de modo que a aplicação da lei ordinária seria possível desde que “as empresas envolvidas do mesmo grupo econômico tenham atuado conjuntamente, de alguma forma, para permitir que o fato gerador em concreto tenha sido realizado” (BECHO, Renato Lopes. A responsabilização tributária de Grupo Econômico. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 221. São Paulo: Dialética, 2014. p. 136.

diante da evidente inconstitucionalidade que carrega. Assim, não poderia haver a responsabilização tributária por grupos econômicos com fundamento neste dispositivo legal.²⁴

Outra situação hipotética aventada para a responsabilização de empresas partícipes de grupos econômicos seria a aplicação do art. 124, inciso I, do CTN. Essa possibilidade ganhou relevância principalmente em virtude dos inúmeros casos levados ao judiciário e julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ausente previsão expressa do CTN de responsabilidade dos grupos e havendo disposição em lei ordinária (inconstitucional) para o caso, passou-se a propor que o “interesse comum na situação que constitua o fato gerador do tributo” englobasse também os casos em que há um benefício econômico decorrente das atividades da empresa. Se as atividades empresariais que constituem fato gerador dos tributos beneficiam indiretamente todo o grupo econômico, deveria ele ser responsabilizado.

Essa tentativa não encontrou guarida no judiciário nem na doutrina.²⁵ A 1ª Sessão do STJ, no julgamento dos embargos de divergência no Recurso Especial (REsp) n. 834.044/RS, confirmou o entendimento de que a aplicação do art. 124, inciso I, do CTN poderia se dar apenas nos casos em que houvesse interesse jurídico comum no fato gerador do tributo, tendo definido que o simples fato de empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico não seria suficiente para estender a responsabilidade para todo o grupo.

Restaria, então, como fundamento para responsabilização de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico a aplicação do art. 50 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil). A desconsideração da personalidade jurídica fulcrada no dispositivo não é propriamente um tema de direito tributário, pelo que a doutrina da área pouco se ocupa da temática especificamente em relação aos grupos econômicos.

24 O mesmo entendimento foi perfilhado no supracitado julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do RE n. 562.276/PR, quando o art. 13 da Lei n. 8.620/1993 foi declarado inconstitucional.

25 Neste sentido: MARTINS, Ives Gandra. Grupos econômicos e responsabilidade tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 236. São Paulo: Dialética, 2015; FERRAGUT, Maria Rita. Grupos econômicos e solidariedade tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 229. São Paulo: Dialética, 2014; COELHO, Sacha Calmon Navarro. O sujeito passivo da obrigação tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 240. São Paulo: Dialética, 2015; BECHO, Renato Lopes. A responsabilização tributária de Grupo Econômico. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 221. São Paulo: Dialética, 2014.

Encontram-se em Maria Rita Ferragut,²⁶ Renato Lopes Becho²⁷ e Ramon Tomazela Santos²⁸ manifestações em favor da aplicação do art. 50 do Código Civil aos grupos econômicos, desde que constatado – e comprovado pelo fisco – um dos seus requisitos ínsitos: o abuso de personalidade ou a confusão patrimonial. Os autores são unânimes em ressaltar que não se trata de hipótese de responsabilidade tributária e que a aplicação não pode se dar unicamente pela constatação da existência de grupo econômico de fato ou de direito.

Há, contudo, oposições à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária, tendo em vista a reserva de lei complementar estatuída pelo art. 146, inciso III, do texto constitucional.²⁹⁻³⁰ Em que pesem respeitáveis as posições contrárias, entende-se que a aplicação do art. 50 do Código Civil é a única hipótese no ordenamento jurídico brasileiro que autoriza que um terceiro seja instado a responder pelo pagamento de tributos quando da participação em grupo econômico, mas é importante tecer alguns esclarecimentos.

26 FERRAGUT, Maria Rita. Grupos econômicos e solidariedade tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 229. São Paulo: Dialética, 2014.

27 BECHO, Renato Lopes. A responsabilização tributária de Grupo Econômico. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 221. São Paulo: Dialética, 2014.

28 SANTOS, Ramon Tomazela. Responsabilidade tributária e grupo econômico. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 238. São Paulo: Dialética, 2015.

29 Neste sentido, Luciano Amaro: “Resta examinar a desconsideração da pessoa jurídica (*propriamente dita*), que seria feita pelo juiz, para responsabilizar outra pessoa (o sócio), *sem apoio em prévia descrição legal de hipótese de responsabilização do terceiro*, à qual a situação concreta pudesse corresponder. Nessa formulação teórica da doutrina da desconsideração não vemos possibilidade de sua aplicação em nosso direito tributário. Nas diversas situações em que o legislador quer levar a responsabilidade tributária além dos limites da pessoa jurídica, ele descreve as demais pessoas veiculadas ao cumprimento da obrigação tributária. Trata-se, ademais, de preceito do próprio Código Tributário Nacional, que, na definição do responsável tributário, exige norma expressa de *lei* (arts. 121, parágrafo único, II, e 128), o que, aliás, representa decorrência do *princípio da legalidade*. Sem expressa disposição de lei, que eleja terceiro como responsável em dadas hipóteses descritas pelo legislador, não é lícito ao aplicador da lei ignorar (ou desconsiderar) o sujeito passivo legalmente definido e imputar a responsabilidade tributária a terceiro” (AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 236).

30 No mesmo sentido: “Entretanto, a desconsideração da personalidade jurídica não poderia ser aplicada nos lindes tributários, em razão de não provir de lei complementar” (MELO, José Eduardo Soares de. A desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil e reflexo no Direito Tributário. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (Coord.). *Direito Tributário e o Novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 166.

O primeiro ponto a se notar quando da aplicação do art. 50 do Código Civil para a teoria da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades em matéria tributária é que não se está tratando do tema responsabilidade tributária, cujos pressupostos de aplicação são distintos.³¹ Em matéria de responsabilidade tributária, os responsáveis obrigatoriamente precisam ter relação com o fato gerador do tributo e é necessária designação em lei complementar, cumprindo os requisitos constitucionais para tanto. Na desconsideração da personalidade jurídica, ao revés, se possibilita o alcance dos bens de sócios e administradores – de outras sociedades no caso de desconsideração inversa – pela constatação do abuso de personalidade ou de confusão patrimonial.

É importante afirmar que a limitação da responsabilidade dos sócios não é característica inerente à pessoa jurídica, é uma concessão da legislação societária, posta por lei ordinária, para alguns tipos societários. Da mesma forma que a lei define as hipóteses em que há limites à responsabilidade, ela também pode trazer pressupostos para que se afaste a limitação.

Outra anotação é relevante: a desconsideração da personalidade jurídica não tem nenhum tipo de aplicação especial em relação aos grupos econômicos; ela é, em verdade, uma teoria aplicável a todos os casos em que se constate abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Pode ser que haja, em grupos econômicos, a prática desses atos, mas o ponto é que não se pode generalizar e dizer que sempre que se constatar a existência de grupos, de fato, de direito ou mesmo orgânicos, estarão presentes os pressupostos para desconsideração da personalidade jurídica.

Em grupos societários de direito, por sua própria essência, os atos praticados em prejuízo de alguma das sociedades pertencentes ao conglomerado em prol do interesse do grupo não se caracteriza como abuso de personalidade para fins de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, já que há autorização na legislação para tanto.

31 Sobre o tema, Humberto Theodoro Jr. asseverou: “Na verdade, não se pode falar em desconsideração da personalidade jurídica, quando pela lei já existe uma previsão expressa de responsabilidade direta do sócio. Em tal caso, a obrigação é originalmente do sócio, mesmo que tenha praticado ato na gestão social. A teoria do disregard não foi concebida visando este tipo de responsabilidade solidária ou direta, mas para aqueles casos em que a pessoa jurídica se apresenta como um obstáculo a ocultar os verdadeiros sujeitos do ato fraudulento praticado em nome da sociedade, mas em proveito pessoal do sócio” (THEODORO JR., Humberto. Partes e terceiros na execução. In: *O processo civil no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999).

Já nos grupos de fato ou orgânicos, a prática de atos em prejuízo de qualquer das empresas partícipes, caso não haja a previsão de compensação dos prejuízos a legitimá-lo, pode ser encarada como desvio de finalidade, ilícito que se enquadra no conceito de abuso de personalidade apto a ensejar a aplicação da *disregard doctrine*. Como já visto, essas práticas são possíveis, **mas não regra** em grupos econômicos. Por essa razão, é muito importante que não se generalize a aplicação do instituto nem se crie a falsa presunção de que, sempre que houver um grupo econômico orgânico ou de fato, há desvio de finalidade ou confusão patrimonial. A prova do fato concreto de que houve abuso é de responsabilidade do fisco e a lei não traz qualquer presunção.

Isso não quer dizer que as empresas pertencentes ao mesmo grupo não possam aproveitar a sinergia gerada pela integração dos negócios. Os simples fatos de utilizar os serviços do mesmo contador ou advogado, possuir o mesmo endereço, partilhar instalações, linhas telefônicas ou site, ou apresentar-se publicamente como grupo em material publicitário, dentre outras condutas geralmente levantadas pelo fisco para comprovar a confusão patrimonial, não podem ser levadas em conta se há a devida contraprestação pelos serviços e pela utilização do patrimônio da outra empresa.

Neste ponto, é importante que se ressalte que a própria Cosit reconhece que, como se depreende da Solução de Divergência n. 23/2012,³²

é possível a concentração, em uma única empresa, do controle dos gastos referentes a departamentos de apoio administrativo centralizados, para posterior rateio dos custos e despesas administrativos comuns entre empresas que não a mantenedora da estrutura administrativa concentrada.

Até a gestão de caixa unificada dentro do grupo é admitida. Ou seja, desde que observados determinados cuidados para que o rateio de custos se dê de forma

32 “ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS IOF. RECURSOS DA CONTROLADA EM CONTA DA CONTROLADORA. CONTA CORRENTE. RAZÃO DE SER DA HOLDING. Os recursos financeiros das empresas controladas que circulam nas contas da controladora não constituem de forma automática a caracterização de mútuo, pois dentre as atividades da empresa controladora de grupo econômico está a gestão de recursos, por meio de conta corrente, não podendo o Fisco constituir uma realidade que a lei expressamente não preveja. Recurso Voluntário Provido” (Acórdão n. 3101001.094, 1ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, publicado em: 4 jul. 2013).

regular, não se pode dizer que há abuso de personalidade apto a ensejar a aplicação da *disregard doctrine* pela simples presença de compartilhamento de ativos e serviços.

4. EXECUÇÕES FISCAIS E OS PROBLEMAS INERENTES AO REDIRECIONAMENTO

A execução de dívidas feita pela Fazenda Pública corre segundo rito especial da Lei n. 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais – LEF), tendo o Código de Processo Civil (CPC) aplicação subsidiária.

Via de regra, em relação aos tributos, após a constituição da obrigação pelo contribuinte ou pelo ente da administração pública e a apuração dos responsáveis, o débito é encaminhado para inscrição em dívida ativa pela Procuradoria Fiscal, que forma o título executivo extrajudicial (Certidão de Dívida Ativa – CDA), que instruirá o processo visando à expropriação de bens do devedor para a satisfação do crédito.

A execução fiscal, então, é proposta contra o devedor, o fiador, o espólio, a massa falida, o responsável pessoa física ou jurídica, ou os sucessores, contra os quais o débito já deveria ter sido constituído em momento anterior, quando o sujeito apontado como obrigado a pagar o débito – contribuinte ou responsável – deveria ter sido intimado para participar do processo administrativo e, em atenção ao art. 5º, incisos LIV e LV, da CF de 1988, exercido amplamente a sua defesa, respeitando-se o contraditório e o devido processo legal. Este tema – a obrigatoriedade de submissão prévia ao contraditório do lançamento contra codevedores – já foi alvo de análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF),³³ que prolatou decisão no sentido de que o contraditório é essencial para a validade da imputação de responsabilidade.

O art. 202 do CTN e o art. 2º, § 5º, inciso I, da LEF determinam a inclusão dos corresponsáveis na CDA, e o art. 779, inciso VI, do CPC vigente inclui o responsável tributário como sujeito passivo da execução, o que permite que esta seja promovida contra o responsável. Quando, após a citação na execução fiscal, o sujeito deseja resistir à pretensão fazendária, lhe é facultado, depois da garantia do feito, apresentar embargos à execução, em que poderá rediscutir o débito e a sua própria legitimidade passiva. Não sendo necessária a produção de provas, as matérias de

33 STF, RE n. 608426 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, julgado em: 4 out. 2011, DJe: 21 out. 2011, publicado em: 24 out. 2011.

ordem pública podem ser defendidas por exceção de pré-executividade, o que permite ao devedor se opor à execução fiscal sem dispender recursos com a garantia.³⁴

Ocorre que a prática dos tribunais tem revelado que algumas situações fogem à regra geral de apuração prévia da sujeição passiva, principalmente quando de responsabilidade por transferência, muito comum em caso de sucessão empresarial e responsabilidade dos administradores, bem como da constatação de abuso de personalidade jurídica. Nessas hipóteses, o fato que enseja a obrigação de pessoas que não o devedor original pode ocorrer ou ser constatado em momento posterior ao ajuizamento da execução fiscal ou da inscrição em dívida ativa. Quando o fato é constatado antes do ajuizamento da ação, a Procuradoria Fiscal, autorizada pela Portaria da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) n. 180/2010, retifica as CDA para inclusão dos codevedores.³⁵

Em setembro de 2017, a Procuradoria da Fazenda Nacional, por meio da Portaria PGFN n. 948, regulamentou o que se denomina “Procedimento Administrativo de Reconhecimento de Responsabilidade” (PARR), aplicável apenas ao caso de responsabilização de terceiros pela prática de dissolução irregular da pessoa jurídica devedora, o que é considerado infração à lei para efeitos de aplicação do art. 135 do CTN. Embora criticável pelo fato de o julgamento ser realizado pela própria PGFN, o PARR é um avanço no exercício do devido processo legal na esfera administrativa que deve ser estendido às demais hipóteses de responsabilidade.

Caso o processo já esteja em trâmite, a jurisprudência criou a figura do redirecionamento das execuções fiscais, que nada mais é que a inclusão no polo passivo do feito executivo de pessoas não originalmente executadas. Juliana Furtado

34 STJ: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória” (Súmula 393, 1ª Seção, julgado em: 23 set. 2009, DJe: 7 out. 2009).

35 Portaria PGFN n. 180/2010: “Art. 4º. Após a inscrição em dívida ativa e antes do ajuizamento da execução fiscal, caso o Procurador da Fazenda Nacional responsável constate a ocorrência de alguma das situações previstas no art. 2º, deverá juntar aos autos documentos comprobatórios e, após, de forma fundamentada, declará-las e inscrever o nome do responsável solidário no anexo II da Certidão de Dívida Ativa da União. Art. 5º. Ajuizada a execução fiscal e não constando da Certidão de Dívida Ativa da União o responsável solidário, o Procurador da Fazenda Nacional responsável, munido da documentação comprobatória, deverá proceder à sua inclusão na referida certidão. Parágrafo único. No caso de indeferimento judicial da inclusão prevista no caput, o Procurador da Fazenda Nacional interporá recurso, desde que comprovada, nos autos judiciais, a ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 2º desta Portaria.”

Costa Araujo³⁶ entende que os incisos I e V do art. 568 do CPC possibilitam o redirecionamento “se a responsabilidade destes terceiros não está configurada quando do ajuizamento do feito executivo, sendo que no decorrer do processo de execução ela vem à tona”. A jurisprudência do STJ já consolidou o entendimento pelo cabimento do redirecionamento das execuções fiscais, como se verifica da Súmula 435.³⁷

Porém, a questão fica ainda mais complicada quando se verifica que o redirecionamento da execução fiscal ou a inclusão do suposto responsável na CDA, salvo na hipótese de dissolução irregular, ocorre sem que haja qualquer oportunidade de defesa, de modo que o conhecimento da imputação só acontece quando do recebimento do mandado de citação para pagar o débito. Não fosse o bastante, a jurisprudência que se consolidou no STJ autoriza o redirecionamento da execução e ainda inverte o ônus da prova quando o nome do corresponsável consta da CDA,³⁸ vedando ainda a apresentação de exceção de pré-executividade.

Assim, antes de apresentar qualquer defesa em esfera judicial ou administrativa, o suposto codevedor se vê obrigado a suportar o ônus de garantir a execução e tem a certidão de regularidade fiscal negada e o nome inscrito no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (Cadin), podendo inclusive sofrer com protestos. É uma situação frontalmente violadora do devido

36 ARAUJO, Juliana Furtado Costa. O prazo para redirecionamento da ação de execução fiscal em face de terceiros responsáveis. *Revista da PGFN*, ano I, n. 1. Brasília: PGFN, 2011, p. 86.

37 STJ: “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” (Súmula 435, 1ª Seção, julgado em: 14 abr. 2010, DJe: 13 maio 2010).

38 “TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL SÓCIO-GERENTE CUJO NOME CONSTA DA CDA. PRESUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA ARGUIDA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. 1. A exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória. 2. Conforme assentado em precedentes da Seção, inclusive sob o regime do art. 543-C do CPC (REsp 1104900, Min. Denise Arruda, sessão de 25.03.09), não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal promovida contra sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa – CDA. É que a presunção de legitimidade assegurada à CDA impõe ao executado que figura no título executivo o ônus de demonstrar a inexistência de sua responsabilidade tributária, demonstração essa que, por demandar prova, deve ser promovida no âmbito dos embargos à execução. 3. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC” (REsp n. 1110925/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, julgado em: 22 abr. 2009, DJe: 4 maio 2009).

processo legal, e é exatamente o que ocorre quando o juízo das varas de execução fiscal autoriza o redirecionamento dos feitos para os grupos econômicos.

A ausência de processo administrativo prévio ou procedimento judicial que venha a possibilitar a ampla defesa e o contraditório nos casos de redirecionamento de execução fiscal para os codevedores é idêntica à constatação de abuso de personalidade jurídica: não há qualquer contraditório prévio à decisão que reconhece a confusão patrimonial ou desvio de finalidade, de modo que o suposto devedor primeiro sofre o ônus da responsabilização para depois se defender. Não custa lembrar que a desconsideração da personalidade jurídica é sanção,³⁹ que nesse caso vem sendo aplicada ao arripio da CF, em completa desatenção aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Isto posto, resta averiguar como a sanção do Novo Código de Processo Civil (NCPC) traz nova luz ao tema por meio do IDPJ e se a sua aplicação mitigará o problema alhures apontado.

5. O IDPJ NO NCPC E A SUA APLICABILIDADE NAS EXECUÇÕES FISCAIS

Foi visto que a jurisprudência relativa às execuções fiscais permitia que o exequente requeresse o redirecionamento da cobrança para os responsáveis tributários

39 Maria Rita Ferragut bem observou a situação, constatando haver “terrível patologia de nosso sistema processual, que, ao não aceitar a exceção de pré-executividade como meio de defesa do responsável tributário, e tampouco prever qualquer outra forma de defesa prévia, faz com que pessoas jurídicas alegadamente integrantes de grupos econômicos tenham que aguardar muitos anos para ter seus argumentos e provas apreciados nos autos dos embargos à execução fiscal. Afora isso, essas pessoas sujeitam-se à necessidade de oferecimento de bens para garantia do débito, BACEN-JUD, certidão positiva de débitos, provisionamento da dívida etc. O efeito, muitas vezes, é devastador. O Poder Judiciário resiste a aceitar a exceção de pré-executividade como meio de defesa prévia das pessoas jurídicas corresponsabilizadas, por entender, com base na Súmula 393 do STJ (01), que a exceção é incabível para a exclusão do responsável, tendo em vista a necessidade de dilação probatória. Atualmente resta a esses contribuintes o lento e oneroso caminho dos embargos à execução fiscal, em indiscutível mitigação do direito constitucional ao contraditório, que não é meramente formal, e que não nos parece ter sido assegurado somente pela possibilidade de oposição de embargos à execução fiscal” (FERRAGUT, Maria Rita. *Novo CPC: o incidente de desconsideração da personalidade jurídica tornando efetivo o direito dos grupos econômicos oferecerem o contraditório*. Disponível em: <<http://www.fiscosoft.com.br/a/6rd8/novo-cpc-o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-tornando-efetivo-o-direito-dos-grupos-economicos-exercerem-o-contraditorio-maria-rita-ferragut>>. Acesso em: 11 maio 2015.

ou solicitasse ao juízo a desconsideração da personalidade jurídica do executado quando entendesse presentes os requisitos legais necessários para tanto e que, se convencido, o juiz poderia determinar a inclusão dessas pessoas no polo passivo da execução fiscal (no caso de responsabilidade), ou que os bens de sócios e administradores fossem alcançados para o pagamento da dívida (no caso de desconsideração da personalidade jurídica), sem que houvesse qualquer tipo de contraditório prévio. Ou seja, aplicava-se uma sanção sem a observância do devido processo legal.

A edição do NCPC trouxe nova luz ao tema quando previu, nos art. 133 a 137, o IDPJ. Cabe, então, analisar a compatibilidade do novo incidente com o rito das execuções fiscais e sua utilização nos casos de reconhecimento da responsabilidade de membros de grupo econômico com esteio no art. 50 do Código Civil.

A LEF prevê, no seu art. 1º, a aplicação subsidiária do CPC na execução judicial para a cobrança da dívida ativa dos entes federativos. O NCPC prevê expressamente, no § 4º do art. 146, que “as remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código”, de modo que não há dúvidas sobre a aplicação subsidiária do NCPC à LEF.

O pleito de instauração do incidente é cabível em todas as fases do processo, inclusive na execução fundada em título executivo extrajudicial, que é o caso das execuções fiscais, ou em fase recursal, como se depreende do art. 932 do NCPC.⁴⁰ Cabe, ainda, em processos de competência dos juizados especiais (art. 1.062).

A partir da entrada em vigor do NCPC, toda vez que constatar a presença dos pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica, o exequente ou o Ministério Público deve requerer ao juízo a instauração do incidente, quando o imputado terá a oportunidade de apresentar defesa e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 dias. Desse modo, se vê preservado o devido processo legal, já que se desfaz a presunção de culpabilidade contra o pretendo devedor, que poderá se defender de forma ampla antes de ter contra si aplicada a sanção e sem a necessidade de garantir previamente o feito.

É de se notar que de forma alguma os direitos do exequente são preteridos. É que, uma vez constatada a possibilidade de dilapidação do patrimônio ou fraude à execução, o representante da Fazenda poderá solicitar tutela de urgência no

40 “Art. 932. Incumbe ao relator: [...] VI – decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal.”

próprio incidente, conforme regras do art. 300 e seguintes do NCPC que tratam da tutela de urgência e são plenamente aplicáveis.

Um ponto a se notar é o quanto disposto no § 4º do art. 134, que diz que o “requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para descon sideração da personalidade jurídica”. A dúvida que surge é se a prova de confusão patrimonial ou desvio de finalidade da sociedade deve ser pré-constituída ou se o exequente poderá requerer a produção de novas provas no incidente. Entende-se que a parte que pretender obter a instauração do incidente deve juntar indícios suficientes para convencer o juízo de que o tema merece investigação aprofundada e, de logo, indicar as novas provas a serem produzidas.

Há também de se verificar a regra do § 2º do art. 134, que possibilita ao exequente dispensar a instauração do incidente se a descon sideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial. O que parece é que a hipótese se aplica apenas à inicial do processo de conhecimento, já que, ao longo do processo de cognição ampla, o terceiro poderá se defender. Não se poderia admitir outra interpretação do artigo, sob pena de ferimento do devido processo legal, já que impor sanção a terceiro que não participou da formação do título sem que a defesa fosse oportunizada seria incompatível com a CF por violação ao contraditório.

Neste ponto, o caso da execução fiscal é mais grave que o das outras execuções de título extrajudicial. É que o terceiro em execuções de título extrajudicial pode opor embargos independentemente do ônus de garantia do juízo (art. 914, NCPC), enquanto na execução fiscal é imprescindível essa providência, nos termos do § 1º do art. 16 da LEF. Assim, não é possível a dispensa da instauração do incidente com o requerimento de descon sideração da personalidade jurídica na petição inaugural da execução fiscal.

É importante não confundir o pedido de descon sideração da personalidade jurídica deduzido na inicial com a inclusão do sujeito na CDA. Na hipótese de presença do nome do corresponsável no título, não há de se falar em descon sideração da personalidade jurídica, sendo o mesmo co-obrigado e diretamente executado.

Lembremos que, nos termos do art. 50 do Código Civil, a descon sideração da personalidade só pode ser decretada por um juiz. O que é necessário averiguar nesses casos é se houve a participação do co-obrigado no processo administrativo fiscal que ensejou a formação do título. Se não houve, e o título foi formado unilateralmente e sem a observância do devido processo legal, o que há é a sua nulidade, que deve ser arguida por exceção de pré-executividade ou embargos à execução.

É interessante destacar que o referido incidente é apto para a obtenção de provimento judicial que permita a descon sideração da personalidade jurídica para

atingir o patrimônio dos sócios, bem como as demais empresas que tenham por ele sido utilizadas para frustrar a execução ou com a qual tenha havido confusão patrimonial, por meio da desconsideração inversa. É essa, de forma geral, a hipótese que contempla a possibilidade de atingir os bens dos demais partícipes dos grupos econômicos, inclusive nos casos em que há o controle por meio de pessoas e sociedades interpostas, ou outros métodos fraudulentos.

Também é de fundamental importância para a compreensão da processualística da desconsideração da personalidade reforçar a distinção entre a aplicação da *disregard doctrine* e da responsabilidade tributária. Sob o ponto de vista processual, o responsável é **parte** do processo, enquanto o sócio ou administrador da empresa cuja personalidade foi desconsiderada apenas responde pela dívida com seu patrimônio, não integrando a lide, de modo a ser tratado como **terceiro**. Essa ideia é reforçada pela localização do IDPJ no próprio NCPC: Capítulo IV, Título III, que trata justamente da intervenção de terceiros. Quando se tratar de desconsideração da personalidade jurídica, portanto, caso não seja instaurado o incidente, o administrador ou sócio da empresa deverá opor-se via embargos de terceiros, não embargos à execução.⁴¹

O que se lamenta é que o incidente tenha pressuposto muito específico: é utilizável apenas nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, e não nas outras hipóteses de constatação de responsabilidade por transferência em virtude de atos praticados ou descobertos ao longo da tramitação do processo de execução. Nesses casos, a inaplicabilidade do incidente é defensável, já que esse responsável não é **terceiro**, mas **parte** do processo. Não havendo a aplicação da *disregard doctrine*, não há de se falar em aplicação do incidente.⁴²

Como se defende que a responsabilização dos grupos econômicos por débitos de natureza tributária só poderá ocorrer pela desconsideração da personalidade jurídica, pode-se concluir que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no NCPC acaba por resolver grave lesão ao direito de defesa e à presunção de inocência que ocorria nos redirecionamentos de execuções fiscais.

41 FERRAGUT, Maria Rita. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica e os grupos econômicos. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana Furtado Costa (Org.). *O Novo CPC e seu impacto no direito tributário*. São Paulo: FiscoSoft, 2015.

42 CANTANHEDE, Luis Claudio Ferreira. O redirecionamento à execução fiscal em virtude do encerramento irregular da sociedade executada e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana Furtado Costa (Org.). *O Novo CPC e seu impacto no direito tributário*. São Paulo: FiscoSoft, 2015.

As empresas partícipes de grupos econômicos que porventura tenham seus patrimônios afetados pela desconsideração da personalidade jurídica de outra empresa do grupo em execução fiscal podem, finalmente, exercer o direito de defesa antes de sofrer sanção.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, concluímos que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é o único caso em que se possibilita a responsabilização de empresas partícipes de grupos econômicos por débitos tributários, razão pela qual o incidente de desconsideração da personalidade jurídica trazido pelo NCPC, compatível com o rito especial da LEF, deve ser obrigatoriamente utilizado nesses casos.

Permanece, contudo, a esdrúxula situação em relação aos redirecionamentos de execução fiscal fundados em responsabilidade, para os quais o novo incidente é inaplicável e o executado sofre as agruras do processo executório sem que tenha sido oportunizada a defesa prévia.

