

RODADA 1 - GRUPO P2 - ESPELHO



PEÇA PROCESSUAL

O Distrito Federal move execução fiscal para cobrança de créditos tributários de IPTU regularmente constituídos entre 2016 e 2019 em face da sociedade empresária IMOBILE LTDA., tendo a citação da pessoa jurídica ocorrido em fevereiro de 2020.

Em 2022, certidão do oficial de justiça atestou o encerramento das atividades no endereço do imóvel, tendo o Fisco detectado a dissolução irregular da pessoa jurídica devedora, razão pela qual redirecionou o feito executivo a Raphael Rodriguez, seu sócio-gerente. Irresignado, Rodriguez ingressou com exceção de pré-executividade, alegando que o redirecionamento da execução fiscal contra si era totalmente descabido.

Em sua petição, defendeu que, ainda que constasse como sócio-gerente no contrato social à época dos fatos geradores do crédito executado, não exercia, de fato, os poderes inerentes à gerência da sociedade empresária. Salientou que o fato de a empresa ter deixado de funcionar em seu domicílio fiscal quando de sua gerência não é razão suficiente para o redirecionamento da execução fiscal e, mesmo que isso fosse juridicamente possível, tal pretensão estaria prescrita, porque tal fato ocorreu há mais de cinco anos. Ademais, defendeu que o incidente de descon sideração da personalidade jurídica é necessário na hipótese em que a parte exequente pretenda alcançar pessoa distinta daquela apontada na Certidão de Dívida Ativa, como é o caso dos autos.

Alegou que o imóvel que gerou tais débitos tributários não pertence mais a pessoa jurídica e que o novo proprietário é quem deveria ser executado, pois ele concordou em arcar com todo o IPTU atrasado, tendo tudo isso constado da escritura pública. Outrossim, Rodriguez impugna a base de cálculo do imposto, porque, quando da transferência do imóvel ao novo proprietário, a base de cálculo do ITBI era de dez milhões. Desse modo, o IPTU não poderia ser calculado com base no valor venal de vinte milhões.

Requeru provar o alegado pelos meios de prova cabíveis e a condenação do Fisco em honorários advocatícios.

A partir dessa situação hipotética, presente, na condição de procurador distrital, a medida mais adequada para a proteção dos interesses do Distrito Federal (DF).

Comentários

a) Identificação da peça processual, direcionamento e cabimento

O primeiro passo de qualquer peça jurídica é identificar qual a peça cabível. No presente caso, cobramos uma **IMPUGNAÇÃO À EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE**. Não é uma peça comum, muito embora ela esteja inserida em uma temática bem recorrente em provas discursivas do CESPE: execução fiscal.

A estrutura desta peça é bem semelhante à de uma contestação. Ainda que a estrutura seja parecida, é muito importante nomear adequadamente a peça cabível, de modo que confundir a **IMPUGNAÇÃO À EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE** com uma **CONTESTAÇÃO** é uma falta técnica grave e isso pode acarretar perda de pontos significativos.

Portanto, quanto aos aspectos formais, o aluno deve fazer o **endereçamento** e redigir um **cabeçalho**. Além disso, como não é uma peça comum, é importante abrir um tópico para falar sobre o **cabimento desta defesa**.

Endereçamento

A exceção de pré-executividade não está prevista na Lei de Execuções Fiscais e, também, não demanda garantia de juízo, o que a torna um meio de defesa bem vantajoso em relação aos embargos à execução fiscal, permitindo que o executado leve ao juízo defesas relativas a matérias de ordem pública.

Ela é manejada por **petição simples no juízo da execução fiscal**. Após seu peticionamento, o juízo intima a contraparte para se manifestar sobre a exceção de pré-executividade, momento em que se pode apresentar a impugnação à exceção de pré-executividade, que deve ser direcionada ao juízo da execução fiscal. Como o enunciado não traz elementos específicos deste juízo, não crie fatos novos. Basta escrever:

AO JUÍZO DA Xª VARA DE EXECUÇÃO FISCAL DO DISTRITO FEDERAL

Cabeçalho

Você deve fazer um padrão de cabeçalho para replicá-lo para nunca perder tempo com isso. Exemplo:

O Distrito Federal (DF), pessoa jurídica de direito público interno, já qualificada nos presentes autos e representada pelo seu Procurador abaixo assinado, legalmente habilitado, em conformidade com o art. 132 da Constituição Federal, vem apresentar **IMPUGNAÇÃO À EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE** manejada por Raphael Rodriguez, também já qualificado nos autos, pelos motivos que passa a expor.

Cabimento da impugnação à exceção de pré-executividade

Como dito, após o peticionamento da exceção de pré-executividade, o juízo intima a contraparte para se manifestar, momento em que se impugna a exceção de pré-executividade. Desse modo, em atenção ao princípio do contraditório, da ampla defesa e da vedação de decisões surpresas, a impugnação à exceção de pré-executividade é cabível.

Veja que não há um prazo fixado para exceção de pré-executividade e, tampouco, há um prazo fixado para sua resposta. Em regra, o juízo fixa um prazo para defesa. Por isso, não vamos cobrar um tópico para **TEMPESTIVIDADE**. Todavia, sempre que possível, coloque este tópico, porque, em discursivas, vale o lema de que o que abunda não prejudica.

b) Da estruturação da peça jurídica

A estruturação da peça jurídica é muito importante. Uma peça organizada, com tópicos e subtópicos facilmente identificáveis, ganha a simpatia do corretor e, com isso, fica mais fácil de ganhar pontuação. Então, nunca esqueça que sua peça jurídica conterà os **seguintes tópicos**:

DOS FATOS (quando não forem dispensados)

DAS PRELIMINARES (quando houver)

DO MÉRITO

DOS PEDIDOS

No presente caso, os fatos não foram dispensados. Então, você deve fazê-los. Neste ponto, surge uma dica bem básica, mas extremamente importante: **os fatos merecem, no máximo, 5 linhas**.

Muitos candidatos costumam redigir todos os fatos que estão no enunciado, reproduzindo-os com a mesma riqueza dos detalhes dados pelo examinador. Desse modo, gasta-se mais de 15 linhas ou uma página inteira para simplesmente transcrever o enunciado. **NÃO FAÇA ISSO!** Isso é perda de linha e perda de tempo. Lembre-se de que o examinador já sabe os fatos. Afinal, foi ele que lhe entregou o enunciado. Com qual finalidade você vai repetir o que o seu examinador já sabe? É melhor gastar linhas e tempo com conhecimento jurídico, pois é isso que está sendo avaliado e não quem melhor transcreve o enunciado. Caso a prova dispense os fatos, não titubeie. Você pode colocar:

DOS FATOS (dispensados pelo enunciado)

Além dos tópicos acima, há a necessidade de **dividir sua peça em subtópicos**.

Então, para cada preliminar, você usará um subtópico.

A mesma lógica é usada para o mérito: para cada linha de defesa de mérito, abra um subtópico. Nada de ficar misturando defesas diferentes dentro de um subtópico genérico. Quanto mais específico for seu subtópico, melhor. Para começar o treino de abrir subtópicos, comece separando os argumentos que estão presentes no enunciado. Desse modo, para cada argumento do autor/excipiente/requerente, você abrirá um subtópico.

No presente caso, vamos fazer isso para vocês visualizarem como ficaria uma **boa separação de subtópicos**:

O Distrito Federal move execução fiscal para cobrança de créditos tributários de IPTU regularmente constituídos entre 2016 e 2019 em face da sociedade empresária IMOBILE LTDA., tendo a citação da pessoa jurídica ocorrido em fevereiro de 2020.

Em 2022, certidão do oficial de justiça atestou o encerramento das atividades no endereço do imóvel, tendo o Fisco detectado a dissolução irregular da pessoa jurídica devedora, razão pela qual redirecionou o feito executivo a Raphael Rodriguez, seu sócio-gerente. Irresignado, Rodriguez ingressou com exceção de pré-executividade, alegando que o **REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL CONTRA SI ERA TOTALMENTE DESCABIDO.**

Em sua petição, defendeu que, ainda que constasse como sócio-gerente no contrato social à época dos fatos geradores do crédito executado, não exercia, de fato, os poderes inerentes à gerência da sociedade empresária.

Salientou que o fato de a empresa ter **DEIXADO DE FUNCIONAR EM SEU DOMICÍLIO FISCAL QUANDO DE SUA GERÊNCIA NÃO É RAZÃO SUFICIENTE PARA O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL** e, mesmo que isso fosse juridicamente possível, tal **PRETENSÃO ESTARIA PRESCRITA**, porque tal fato ocorreu há mais de cinco anos.

Ademais, defendeu que o **INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA É NECESSÁRIO** na hipótese em que a parte exequente pretenda alcançar pessoa distinta daquela apontada na Certidão de Dívida Ativa, como é o caso dos autos.

Alegou que o **IMÓVEL QUE GEROU TAIS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS NÃO PERTENCE MAIS A PESSOA JURÍDICA** e que o novo proprietário é quem deveria ser executado, pois ele concordou em arcar com todo o IPTU atrasado, tendo tudo isso constado da escritura pública. Outrossim, Rodriguez impugna a **BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO, PORQUE, QUANDO DA TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL AO NOVO PROPRIETÁRIO, A BASE DE CÁLCULO DO ITBI ERA DE DEZ MILHÕES.** Desse modo, o IPTU não poderia ser calculado com base no valor venal de vinte milhões.

Requeru provar o **ALEGADO PELOS MEIOS DE PROVA CABÍVEIS** e a condenação do Fisco em **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.**

Cada trecho grifado corresponde a um subtópico. É lógico que, depois, você precisa organizar os subtópicos em uma ordem lógica que facilite sua linha de argumentação.

c) Das preliminares e do mérito:

Aqui temos, pelo menos, oito subtópicos. Vamos organizá-los e abordar cada um deles:

1. DO NÃO CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

O excipiente protesta provar o alegado por todos os meios de prova cabíveis. Sua argumentação jurídica, especialmente a de que não exercia poderes de gerência à época do fato gerador, exige outras provas além das documentais. Desse modo, de forma preliminar, é incabível a exceção de pré-executividade.

A exceção de pré-executividade é uma defesa processual, fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, admitida em execuções fiscais, desde que sejam preenchidos alguns requisitos, quais sejam: **alegação de matéria de ordem pública cognoscíveis de ofício e prova pré-constituída, sem que haja necessidade dilação probatória.**

Sobre o assunto, o STJ sumulou o seguinte entendimento:

Súmula n. 393 do STJ: A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

No presente caso, ainda que o excipiente fale de sua **ilegitimidade passiva** e da **prescrição do redirecionamento**, ou seja, de matérias de ordem pública, ele traz argumentos que demandam dilação probatória, tal como o de que não exercia poderes de gerência à época do fato gerador, pois isso vai contra ao que atesta o contrato social, tanto que pede para provar o alegado por todos os meios de prova cabíveis.

Ademais, Raphael Rodriguez também aborda na exceção de pré-executividade temas que não se caracterizam como de ordem pública, tal como o da base de cálculo do IPTU. Ausentes os requisitos de cabimento, a exceção de pré-executividade não merece ser analisada.

IMPORTANTE: O enunciado disse que, na CDA, só constava a pessoa jurídica. Por esse motivo, inaplicável o tema 108 do STJ, que diz “Não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal promovida contra sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa - CDA.”. Caso você tenha colocado isso em sua peça, você não perderá pontos.

Você sabe o porquê dessa tese?

A CDA goza de presunção de certeza e liquidez, conforme o artigo 204 do CTN. Desse modo, para desconstituir tal presunção, é necessário que sejam produzidas provas e, na exceção de pré-executividade, não há dilação probatória.

Este é um subtópico que entra como preliminar ao mérito. A partir de então, trataremos do mérito:

2. DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA

Raphael Rodriguez alega que não houve dissolução irregular da empresa. Contudo, não lhe assiste razão, pois a dissolução irregular presume-se quando a empresa deixa de comunicar as autoridades fazendárias a alteração do domicílio fiscal. No caso, ficou comprovado que a sociedade empresária não funcionava mais no endereço, tendo o próprio sócio-gerente afirmado que o imóvel foi alienado. Por esse motivo, veja o entendimento aplicável ao caso:

Súmula n. 435 do 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.

Tema 630 do STJ: Em execução fiscal de dívida ativa tributária ou não-tributária, dissolvida irregularmente a empresa, está legitimado o redirecionamento ao sócio-gerente. REsp 1371128/RS

É dever do contribuinte manter domicílio atualizado perante as autoridades fiscais, de modo que deixar de funcionar no domicílio fiscal sem comunicar aos órgãos competentes viola a lei. Assim, fica atraída a incidência do artigo 135, III, do CTN, que dita:

Art. 135. São **PESSOALMENTE RESPONSÁVEIS** pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com **EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI**, contrato social ou estatutos:

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Desse modo, Rodriguez tem responsabilidade pessoal pelo débito tributário.

Se o excipiente não consta da CDA, de quem é ônus de comprovar a infração que gerou redirecionamento?

De acordo com a jurisprudência do STJ, é do fisco. Veja:

V. Não é o simples fato de a empresa não ser localizada em seu domicílio fiscal que enseja o redirecionamento da execução fiscal, mas, sim, o de ter sido ela dissolvida irregularmente. A circunstância de não ter sido localizada em seu domicílio fiscal é apenas uma presunção desta ocorrência, que é relativa.

VI. A jurisprudência do STJ há muito caminha no sentido de que o ônus da prova de atuação irregular do sócio gestor, para fins de redirecionamento da execução fiscal, é da Fazenda Pública, quando o nome deste não constar da certidão de dívida ativa, e do gestor, quando o seu nome constar do título executivo. Contudo, na hipótese em que a responsabilização do sócio decorre da dissolução irregular, tal "responsabilização do sócio decorre do

disposto no art. 135, III, do CTN e não tem como pressuposto o nome do sócio constar da CDA" (STJ, AgInt no REsp 1.850.370/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/11/2020), o que permite concluir que o ônus da prova recai sobre o Fisco, quando se imputa responsabilidade ao sócio-gerente por fato que precede a dissolução irregular, na circunstância de o nome deste não constar da certidão de dívida ativa (prática de fraudes, simulação, crimes fiscais, entre outros).

Nada obstante, nesse julgado, o STJ dá entender o contrário (nos parece mais uma impropriedade):

VI. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há muito consolidou o entendimento no sentido de que "a não-localização da empresa no endereço fornecido como domicílio fiscal gera presunção iuris tantum de dissolução irregular", o que torna possível a "responsabilização do sócio-gerente a quem caberá o ônus de provar não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder" (REsp 852.437/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 03/11/2008). A matéria, inclusive, é objeto do enunciado 435 da Súmula do 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".

(REsp n. 1.645.281/SP, relatora Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, julgado em 25/5/2022, DJe de 28/6/2022.)

E se constasse o nome do excipiente na CDA?

Tema 103 do STJ: Se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos 'com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos'. REsp 1.104.900/ES

Contudo, ficou demonstrado que houve dissolução irregular, ou seja, houve infração à lei, o que permite o redirecionamento da dívida ao sócio-gerente não constante da CDA, tendo em vista o artigo 135, III, do CTN.

3. DO CABIMENTO DO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL A RAPHAEL RODRIGUEZ

A regra é a de que os bens dos sócios não podem ser atingidos em execução fiscal movida contra a pessoa jurídica. Veja o que diz o CC sobre a autonomia patrimonial:

Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores.

Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

Todavia, é possível redirecionar a dívida ao sócio-gerente quando há dissolução irregular da pessoa jurídica, segundo o artigo 135, II, do CTN. O fato de o excipiente não estar na gerência à época do fato gerador é indiferente, porque a infração da lei ocorre no momento da dissolução irregular. O simples inadimplemento da obrigação tributária não gera responsabilidade do sócio-gerente. Então, não importa quem estava na gerência à época do fato gerador. Veja:

Súmula n. 430 do STJ: O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.

Por esse motivo mesmo, veja o que entendeu o STJ:

Tema 962 do STJ: O redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da pessoa jurídica executada ou na presunção de sua ocorrência, não pode ser autorizado contra o sócio ou o terceiro não sócio que, embora exercesse poderes de gerência ao tempo do fato gerador, sem incorrer em prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos, dela regularmente se retirou e não deu causa à sua posterior dissolução irregular, conforme art. 135, III, do CTN.

Isso quer dizer que interessa ao fisco somente o sócio gerente que deu causa à dissolução irregular, fato que não fora negado pelo excipiente.

4. DA AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL

O excipiente alega que houve prescrição do redirecionamento da execução fiscal. Aqui, é importante que você não confunda a prescrição do redirecionamento da execução fiscal com a prescrição do crédito tributário. Não houve alegação quanto a este último ponto. Além disso, o enunciado deixou clara a data do fato gerador do IPTU e, também, a data da citação da pessoa jurídica na execução fiscal, o que não deixa qualquer dúvida quanto a esse ponto. Veja como o enunciado foi redigido:

Salientou que o fato de a empresa ter deixado de funcionar em seu domicílio fiscal quando de sua gerência não é razão suficiente para o redirecionamento da execução fiscal e, mesmo que isso fosse juridicamente possível, tal pretensão estaria prescrita, porque tal fato ocorreu há mais de cinco anos.

Não houve prescrição do redirecionamento, porque o DF percebeu a dissolução irregular após a citação da pessoa jurídica na execução fiscal. Veja:

O Distrito Federal move execução fiscal para cobrança de créditos tributários de IPTU regularmente constituídos entre 2016 e 2019 em face da sociedade empresária IMOBILE LTDA., tendo a citação da pessoa jurídica ocorrido em **FEVEREIRO DE 2020**.

EM 2022, certidão do oficial de justiça atestou o encerramento das atividades no endereço do imóvel, tendo o Fisco detectado a dissolução irregular da pessoa jurídica devedora, razão pela qual redirecionou o feito executivo a Raphael Rodriguez, seu sócio-gerente. Irresignado, Rodriguez ingressou com exceção de pré-executividade, alegando que o redirecionamento da execução fiscal contra si era totalmente descabido.

Desse modo, trazendo para o caso concreto o tema 444 do STJ, temos o seguinte:

- 1 - O prazo de redirecionamento da execução fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional (CTN), for precedente a esse ato processual;
- 2 - A citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728, no rito do artigo 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no artigo 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo fisco, nos termos do artigo 593 do CPC/1973 (artigo 792 do novo CPC – fraude à execução), combinado com o artigo 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e,
- 3 - Em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da fazenda pública, no lustro que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (Resp 1.222.444) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional.

O enunciado dá conta de que a dissolução irregular ocorreu após a citação da pessoa jurídica. Ainda que tivesse ocorrido antes, não estaria prescrita a pretensão de redirecionar o feito executivo, porque a citação da pessoa jurídica ocorreu em 2020. Desse modo, não houve o transcurso do prazo para o redirecionamento.

Outrossim, tendo o Fisco ficado ciente da dissolução irregular apenas em 2022 e, por isso, promovido o redirecionamento da execução fiscal, não há falar em prescrição. Aqui, aplica-se a teoria da *actio nata*, segundo a qual a pretensão surge a partir do conhecimento da violação ao direito, ou seja, a partir do momento em que ela é exercitável.

Qual é o prazo prescricional para redirecionamento? 5 anos. Esse prazo não consta do CTN nem da LEF. Contudo, aplica-se analogicamente o prazo do artigo 174 do CTN.

5. DA DESNECESSIDADE DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O excipiente alega que é necessário o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (IDPJ). Contudo, não lhe assiste razão neste ponto. Com efeito, o IDPJ está previsto nos seguintes dispositivos legais:

CC, art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

CPC, art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

Contudo, não é necessário o IDPJ quando há a responsabilidade tributária prevista nos artigos 134 e 135 do CTN, como é o caso. Veja:

A Primeira Turma deste Tribunal Superior tem pacífico entendimento jurisprudencial pela **necessidade de instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade da Pessoa Jurídica**, na hipótese em que a parte **exequente pretenda alcançar pessoa distinta daquela apontada na Certidão de Dívida Ativa e não haja qualquer prova da ocorrência das hipóteses previstas nos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional**. E o só fato de estar caracterizado o grupo econômico não enseja a responsabilização tributária das empresas que o compõem. Precedentes. (AgInt no REsp n. 1.963.597/DF, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 11/4/2022, DJe de 19/4/2022.)

6. DA LEGITIMIDADE PASSIVA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA E DO SEU SÓCIO-GERENTE

O excipiente também utilizou o argumento de que o imóvel já foi alienado e, portanto, o novo proprietário seria responsável pelo pagamento do IPTU, pois ele concordou em arcar com os tributos, tendo tudo isso constado da escritura pública. A alegação não merece prosperar.

Os fatos geradores dos exercícios cobrados na execução fiscal ocorreram antes da alienação do imóvel. Por essa razão, a pessoa jurídica (ou melhor, Rodriguez, para quem foi redirecionada a execução) continua sendo o legitimado passivo da execução fiscal. O STJ entende que:

O alienante possui legitimidade passiva para figurar em ação de execução fiscal de débitos constituídos em momento anterior à alienação voluntária de imóvel.

STJ. 2ª Turma. AgInt no AREsp 942.940-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 15/8/2017 (Info 610).

Com efeito, o art. 130 do CTN dispõe que *“os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.”*.

Acerca desse dispositivo, o STJ entende que o CTN não retirou a responsabilidade do alienante, mas responsabilizou também o adquirente quando a quitação não constar do título. No caso apresentado pelo enunciado, tanto o alienante quanto o adquirente poderiam ter sido demandados. O fato de o adquirente ter concordado em pagar os tributos e esse acordo ter constado da escritura pública não tem o condão de afetar o direito de o DF cobrar o IPTU do alienante. Afinal, a redação do art. 123 do CTN preceitua o que se segue:

Art. 123 do CTN. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Sendo assim, salvo existência de lei em contrário, qualquer acordo realizado a respeito do pagamento dos tributos devidos, não tem relevância para a Fazenda Pública.

7. DA AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DA BASE DE CÁLCULO DO IPTU E DO ITBI

Por fim, Rodriguez questiona a base de cálculo utilizada para o cálculo do IPTU. Alega que a base de cálculo é o valor venal do imóvel e, portanto, não tem como ser diferente da fixada para fins de cobrança de ITBI.

Para rebater tal argumento, você deve mencionar o entendimento do STJ no sentido de que não há identidade entre as bases de cálculo do IPTU e do ITBI e suas respectivas formas de apuração, de modo que os valores lançados podem ser diversos. O STJ tem jurisprudência consolidada afirmando que *“o valor venal do imóvel apurado para fins de IPTU não coincide, necessariamente, com aquele adotado para lançamento do ITBI”* (Jurisprudência em Teses – STJ – tema 19 da Edição 55: Impostos Municipais).

Recentemente, o STJ fixou a tese em sede de repetitivo no tema 1.113:

Tema 1.113 do STJ: A base de cálculo do ITBI é o valor do imóvel transmitido em condições normais de mercado, não estando vinculada à base de cálculo do IPTU, que nem sequer pode ser utilizada como piso de tributação.

8. DA IMPOSSIBILIDADE DE CONDENÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O excipiente pede a condenação do DF em honorários advocatícios. Em regra, não é cabível condenação em honorários advocatícios na exceção de pré-executividade. Assim, o STJ tem o seguinte entendimento:

Não é cabível a condenação em honorários advocatícios quando rejeitada exceção de pré-executividade (EDcl no Resp n. 1.864.686/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 22/3/2022, Dje de 28/3/2022.)

Também, há condenação quando a acolhimento parcial da exceção. Veja:

Tema 410 do STJ: O acolhimento ainda que parcial da impugnação gerará o arbitramento dos honorários, que serão fixados nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, do mesmo modo que o acolhimento parcial da exceção de pré-executividade, porquanto, nessa hipótese, há extinção também parcial da execução.

Nada obstante, como a exceção de pré-executividade será rejeitada por todos os argumentos acima expostos, não há que se falar em condenação em honorários advocatícios.

Por fim, qual é a natureza jurídica da exceção de pré-executividade?

CESPE, PGM Manaus, 2018 – Espelho: Por intermédio desse **incidente processual**, o executado pode suscitar a ausência de alguma das condições da ação, dos pressupostos processuais ou mesmo alegar uma causa suspensiva da exigibilidade ou extintiva do crédito. (Leandro Paulsen. Curso de direito tributário, 8.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 467-8.)

STJ: A exceção de pré-executividade é **incidente processual** admitido pela doutrina e jurisprudência como meio de defesa formulada na própria execução, com rígidos contornos, no qual o executado pode alegar matérias conhecíveis de ofício pelo juízo que demonstrem de plano o vício do título objeto da execução, e defesas de direito material, desde que haja prova pré-constituída. (REsp n. 1.299.604/MA, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 1/9/2015, DJe de 23/10/2015).

d) Do fechamento

Os pedidos devem ser fechado sempre em forma de tópicos para facilitar a visualização do examinador. Veja:

Sendo assim, o Distrito Federal requer:

- a) a rejeição preliminar da exceção de pré-executividade, tendo em vista que incabível por não trazer matéria de ordem pública e demandar dilação probatória;
- b) (...)

Grade de correção

ASPECTOS FORMAIS		
PONTO AVALIADO	NOTA	COMENTÁRIOS DO CORRETOR
<ul style="list-style-type: none"> • Legibilidade; • Organização textual. <p>PONTOS: 0,0 – 2,5</p>		
<ul style="list-style-type: none"> • Gramática; • Concatenação de ideias. <p>PONTOS: 0,0 – 2,5</p>		
ASPECTOS JURÍDICOS		
PONTO AVALIADO	NOTA	COMENTÁRIOS DO CORRETOR
<p>NÃO CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Mencionar existência da súmula do STJ. Construção jurisprudencial. • Falar dos requisitos da exceção de pré-executividade: matéria de ordem pública – prova pré-constituída. <p>PONTOS: 0,0 – 5,0</p>		
<p>DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Mencionar o teor da súmula do STJ. <p>Súmula n. 435 do 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.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Falar da responsabilidade do sócio-gerente – artigo 135, III, do CTN. <p>PONTOS: 0,0 – 5,0</p> <p>REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO-GERENTE:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Citar o teor da súmula n. 430 do STJ: O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente. • O que importa é quem exercia gerência quando da dissolução irregular. Tema 962 do STJ: O redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da pessoa jurídica executada ou na presunção de sua ocorrência, não pode ser autorizado contra o sócio ou o terceiro não sócio que, embora exercesse poderes de 		

<p>gerência ao tempo do fato gerador, sem incorrer em prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos, dela regularmente se retirou e não deu causa à sua posterior dissolução irregular, conforme art. 135, III, do CTN.</p> <p>PONTOS: 0,0 – 10,0</p> <p>DA AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DO REDIRECIONAMENTO:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tema 444: termo inicial citação da pessoa jurídica ou descobrimento da dissolução irregular. • Prazo de cinco anos. <p>PONTOS: 0,0 – 10,0</p>		
<p>DESNECESSIDADE DE IDPJ:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Precedente do STJ que diz que não há necessidade quando há responsabilidade pelo artigo 135,III, do CTN. <p>PONTOS: 0,0 – 5,0</p> <p>LEGITIMIDADE PASSIVA DO ALIENANTE:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Precedente do STJ que fala que o alienante permanece responsável. Interpretação do artigo 130 do CTN. • Citação do artigo 123 do CTN. <p>PONTOS: 0,0 – 5,0</p> <p>BASE DE CÁLCULO DO ITBI X ITPU:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Valor venal. Cálculo diferente. Não há coincidência. STJ. • Citação do artigo 123 do CTN. <p>PONTOS: 0,0 – 5,0</p> <p>NÃO CABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS</p> <ul style="list-style-type: none"> • Só há honorários quando houver extinção decorrente da exceção de pré-executividade, ainda que parcial. <p>PONTOS: 0,0 – 5,0</p>		
<p>NOTA</p>		

QUESTÃO 1

Chuck Theplay, servidor público da Secretaria de Fazenda do Estado X, preencheu todos os requisitos legais necessários à progressão funcional na carreira de Auditor Fiscal. Contudo, o órgão recusou-se a efetivar a movimentação funcional, tendo em vista que a despesa total com pessoal excedeu a 95% dos limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal. Desse modo, não seria possível conceder aumento remuneratório a Chuck Theplay.

Irresignado com a recusa do órgão, o servidor impetrou mandado de segurança contra o ato que impediu sua progressão funcional e, também, contra a omissão do Chefe do Poder Executivo em revisar anualmente seus vencimentos, conforme preceitua o artigo 37, X, da Constituição Federal. Alegou que tem direito subjetivo à progressão funcional e à revisão geral anual, independentemente de questões financeiras e orçamentárias.

Considerando o tema abordado no texto anterior, bem como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) a esse respeito, redija um texto abordando a viabilidade jurídica dos argumentos defendidos pelo servidor no Mandado de Segurança.

Comentários

A questão está dentro das disciplinas de Direito Financeiro e Constitucional, tratando de uma temática relevante, que é controle com gasto público. Com efeito, o enunciado pede que o aluno fale sobre a viabilidade jurídica do Mandado de Segurança impetrado pelo servidor e, para isso, é necessário responder duas questões, quais sejam:

1ª) O impetrante tem direito à progressão funcional?

2ª) O impetrante tem direito à revisão geral anual?

Vamos analisar cada uma dessas questões abaixo.

O impetrante tem direito à progressão funcional?

Sim. A progressão funcional é **direito subjetivo** do servidor público quando preenchidos os requisitos legais. O ato de concessão da progressão funcional é **simples**, porque não depende de homologação ou da manifestação de vontade de outro órgão e, também, **vinculado**, ou seja, não há discricionariedade da Administração Pública para sua concessão.

No REsp 1878849-TO, o STJ disse que *“condicionar a progressão funcional do servidor público a situações alheias aos critérios previstos por lei poderá, por via transversa, transformar seu direito subjetivo em ato discricionário da Administração, ocasionando violação aos princípios caros da Administração Pública, como o da legalidade”*. Desse modo, o STJ entende que o artigo 21, parágrafo único, inc. I, da LRF, quando veda àqueles órgãos que tenham incorrido em excesso de despesas com pessoal a concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, **ficam excepcionados os direitos derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual**. Sendo assim, a progressão funcional decorre de direitos derivados de determinação legal e, por isso, a vedação não se lhe aplica. Veja o que diz a lei e a jurisprudência, respectivamente:

Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada **quadrimestre**.

Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal **exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite**, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:

I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, **salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual**, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;

É ilegal o ato de não concessão de progressão funcional de servidor público, quando atendidos todos os requisitos legais, a despeito de superados os limites orçamentários previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, referentes a gastos com pessoal de ente público, tendo em vista que a progressão é direito subjetivo do servidor público, decorrente de determinação legal, estando compreendida na exceção prevista no inciso I do parágrafo único do

art. 22 da Lei Complementar n. 101/2000. STJ. 1ª Seção. REsp 1878849-TO, Rel. Min. Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF da 5ª região), julgado em 24.02.2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1075) (Info 726).

Então, quer dizer que a progressão funcional não se encaixa na vedação do parágrafo único do art. 22 da LRF?

ISSO MESMO. O órgão que atingiu o limite prudencial fica vedado de conceder vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição. A progressão funcional do servidor público é justamente uma exceção ao caso, podendo ser concedida mesmo quando o órgão tenha excedido os limites orçamentários previstos na LRF. A melhoria do vencimento decorrente da progressão funcional não pode ser confundida com mera concessão de vantagem, aumento e reajuste na remuneração. Veja uma tabela comparativa:

Concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação a remuneração a qualquer título	Progressão funcional
Englobam um aumento real dos vencimentos em sentido amplo, de forma irrestrita, à categoria de servidores públicos sem distinção, derivada de lei específica para tal fim.	Concede um incremento no vencimento decorrente da melhoria horizontal ou vertical, sendo direcionado apenas aos grupos de servidores públicos que preencham os requisitos legais para sua materialização e incorporação ao seu patrimônio jurídico.
A vedação presente no art. 22, inc. I, da LRF se dirige a essa hipótese.	A vedação presente no art. 22, inc. I, da LRF <u>não se</u> dirige a essa hipótese.

Limite prudencial x limite de alerta:

É importante não confundir os limites. A questão em espeque trata do limite prudencial.

O limite prudencial ou de prudência destaca que, se o montante da despesa total com pessoal ultrapassar 95% (noventa e cinco por cento) do limite o órgão sofrerá algumas vedações (parágrafo único do art. 22 da LRF). Assim, caso o ente tenha ultrapassado o limite de 95% com gastos com pessoal, o ente, desde logo, deverá limitar os gastos com pessoal, o que implica a proibição à concessão de vantagens, reajustes, aumento, criação de cargo, emprego ou função, contratação de pessoal ou de hora extra, dentre outros.

Por sua vez, o limite de alerta é uma espécie de cautela trazida pelo legislador almejando o equilíbrio das contas no planejamento de gasto de pessoal, determinando que os controles externos fiscalizem e alertem o gestor público quando os gastos com pessoal exceder 90% (noventa por cento) do limite, ou seja, próximo do prudencial.

O impetrante tem direito à revisão geral anual?

NÃO. O art. 37, X, da CF assegura a revisão geral anual da remuneração dos servidores, sempre na mesma data e sem distinção de índices, *vide*:

Art. 37.

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por **lei específica**, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada **revisão geral anual**, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

Quais pressupostos da revisão geral anual?

- a) **lei específica**, cuja iniciativa cabe a cada um dos chefes do Executivo;
- b) **caráter genérico da revisão**, atingindo todos os servidores, inclusive os do Legislativo, Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas;
- c) **periodicidade anual da revisão**, pois o texto da CF prevê que deve ocorrer todos os anos, sempre na mesma data;
- d) **índices revisionais idênticos** para todos os servidores.

A ideia da revisão geral anual é **repor as perdas decorrentes da inflação**. Dessa forma, não se trata de aumento real da remuneração ou do subsídio, mas apenas de um aumento nominal. Há quem diga que essa revisão geral anual é um direito do servidor. Contudo, no RE 565089, com repercussão geral, o STF decidiu que **o Executivo não é obrigado a conceder revisões gerais anuais no vencimento de servidores públicos**. Em outras palavras, não há dever de concessão de revisão geral anual. Nada obstante, o chefe do Executivo deve apresentar **justificativa para não propor a revisão geral anual**. Veja a tese:

O não encaminhamento de projeto de lei de revisão anual dos vencimentos dos servidores públicos, previsto no inciso X do art. 37 da CF/1988, não gera direito subjetivo a indenização. Deve o Poder Executivo, no entanto, pronunciar-se de forma fundamentada acerca das razões pelas quais não propôs a revisão.

(STF. Plenário. RE 565089 /SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 25.9.2019 - repercussão geral – Tema 19)

Ademais, o art. 169, § 1º, da CF exige, para a concessão de vantagens ou aumento de remuneração aos agentes públicos, o preenchimento de dois requisitos cumulativos:

(I) dotação na Lei Orçamentária Anual; e

(II) autorização na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

No mesmo sentido, é a tese fixada pelo STF no tema n. 864, que preceitua a aplicação de tais exigências à revisão geral anual, *in verbis*:

A revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos depende, cumulativamente, de dotação na Lei Orçamentária Anual e de previsão na Lei de Diretrizes Orçamentárias. RE 905357

No caso prático, o enunciado dá a informação de que a despesa com pessoal está no limite prudencial, o que, em tese, por si só, não impediria a concessão, conforme ressalva do parágrafo único do inciso I do artigo 22 da LRF. Veja o que diz Harrison Leite:

Nunca é demais lembrar que, atingido o percentual de 95% do limite total dos gastos com pessoal, é vedado ao Poder ou órgão:

a) a concessão de aumento ou adequação de remuneração a qualquer título, ressalvada a revisão geral anual da remuneração e os aumentos determinados por lei, contrato (terceirização de mão de obra) ou decisão judicial. Veda-se, aqui, a concessão de novas vantagens;

(...)

A ressalva da letra “a” acima, de que a revisão geral anual da remuneração é garantida, mesmo na hipótese em que o limite prudencial é ultrapassado, deve ser examinada à luz de uma concepção mais restrita, a partir do exame objetivo da norma.

É que, no nosso modo de ver, o permissivo do reajuste anual se dá apenas quando o percentual de 95% do limite total foi alcançado, mas não há qualquer norma mantenedora da exceção quando o percentual de 100% resta atingido.

Tal se deve porque, em algumas situações, o índice de gasto de pessoal encontra-se elevadíssimo, não raro alcançando 60%, 70% ou 80% da RCL, em alguns municípios, ou o reajuste anual implicará ultrapassagem do limite máximo de gastos com pessoal, por exemplo, de 54% nos Municípios, o que leva o gestor a ter suas contas rejeitadas, na hipótese de não conseguir se adequar ao limite, além de outras sanções, como o pagamento de multa de 30% dos seus vencimentos anuais, por violar o art. 5o, da Lei n. 10.028/00, e a prática de ato de improbidade administrativa, por violação da lei.

Sendo assim, por cumprir uma norma, a de que o reajuste (revisão geral anual) é direito do servidor e deve ser dado independente do limite prudencial, o gestor acaba por infringir outra, a do limite total de gastos com pessoal. Essa

exceção, por implicar graves penalidades, deve ser sopesada, no sentido de a regra permissiva do reajuste não ser aplicada na hipótese que o limite máximo de 54% da RCL, no caso dos entes municipais, restar atingidos.

Por outro lado, o enunciado nada fala sobre a previsão da revisão geral anual na LOA e na LDO, de modo que, além de inexistir lei prevendo a revisão geral anual, não foi dito que havia previsão nas leis orçamentárias.

Por fim, o Poder Judiciário poderia obrigar que o chefe do Poder Executivo encaminhe o projeto de lei para revisão geral anual dos servidores?

NÃO. Segundo o STF, mostra-se inviável o aumento remuneratório de servidor público mediante decisão judicial, porquanto o Poder Judiciário não possui função legislativa.

Súmula Vinculante n. 37 do STF: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.

Mais específico ao caso apresentado, o STF julgou o tema 624 da seguinte forma:

O Poder Judiciário não possui competência para determinar ao Poder Executivo a apresentação de projeto de lei que vise a promover a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, tampouco para fixar o respectivo índice de correção (STF. Plenário. RE 843112, Rel. Luiz Fux, julgado em 22.09.2020 - Repercussão Geral – Tema 624).

Portanto, o pleito de Chuck, via mandado de segurança, de concessão da revisão geral anual independentemente das questões financeiras e orçamentárias é inviável, porque:

- A revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos depende, cumulativamente, de dotação na Lei Orçamentária Anual e de previsão na Lei de Diretrizes Orçamentárias.
- O Executivo não é obrigado a conceder revisões gerais anuais no vencimento de servidores públicos, sendo que o não encaminhamento de projeto de lei de revisão anual dos vencimentos dos servidores públicos, previsto no inciso X do art. 37 da CF/1988, não gera direito subjetivo a indenização.
- O Poder Judiciário não possui competência para determinar ao Poder Executivo a apresentação de projeto de lei que vise a promover a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, tampouco para fixar o respectivo índice de correção.

Grade de Correção

ASPECTOS FORMAIS		
PONTO AVALIADO	NOTA	COMENTÁRIOS DO CORRETOR
<ul style="list-style-type: none"> • Legibilidade; • Organização textual. <p>PONTOS: 0,0 – 1,5</p>		
<ul style="list-style-type: none"> • Gramática; • Concatenação de ideias. <p>PONTOS: 0,0 – 1,5</p>		
ASPECTOS JURÍDICOS		
PONTO AVALIADO	NOTA	COMENTÁRIOS DO CORRETOR
<p>PROGRESSÃO FUNCIONAL</p> <ul style="list-style-type: none"> • Direito subjetivo, desde que preenchidos requisitos legais. • Impedimentos orçamentários não impedem. Ato simples e vinculado. • Falar sobre o limite prudencial e sobre a exceção legal do artigo 22, pu, I, da LRF. <p>PONTOS: 0,0 – 6,0</p>		
Comentários do professor:		
<p>REVISÃO GERAL ANUAL</p> <ul style="list-style-type: none"> • Discricionariedade do Chefe do Executivo. Artigo 37, X, da CF. • Necessidade de previsão LOA e LDO • Falar sobre o limite prudencial e sobre a exceção legal do artigo 22, pu, I, da LRF. • Falar sobre a SV 37 do STF. <p>PONTOS: 0,0 – 6,0</p>		
NOTA		

QUESTÃO 2

Com o objetivo de promover o constante aprimoramento dos servidores públicos distritais, a Lei n. 123/2021, de iniciativa parlamentar, criou gratificação de titulação acadêmica para todos os servidores públicos do Distrito Federal, inclusive para aqueles pertencentes aos quadros da Polícia Civil. Desse modo, desde que cumpridos os requisitos legais, a conclusão de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado pode acrescer, respectivamente, 10, 20 e 30% do vencimento-base à remuneração dos servidores distritais.

Com referência a essa situação hipotética, responda, de modo fundamentado, se a Lei n. 123/2021 é constitucional e, em caso negativo, considerando a posição *sui generis* do DF na ordem federativa, qual seria o meio de controle concentrado de constitucionalidade mais adequado à impugnação da referida norma.

Comentários

Em discursivas de Advocacia Pública, dois assuntos explorados na presente questão são de extrema importância: **controle de constitucionalidade** e **organização política do Estado**. Isso porque duas espécies de inconstitucionalidade são recorrentemente cobradas pelas bancas examinadoras: a **inconstitucionalidade formal orgânica** e a **inconstitucionalidade formal propriamente dita de cunho subjetivo**.

A **inconstitucionalidade formal orgânica** trata da inobservância da competência legislativa dos entes políticos, de modo que, para identificar tal vício, o aluno deve estar afeito no assunto de organização política do Estado. Por exemplo, determinado Estado publica lei que versa sobre Direito Civil, como ocorreu recentemente na pandemia com leis que deram desconto nos valores das mensalidades nas universidades e colégios. Como a União detém competência privativa para legislar sobre tal matéria (art. 22, I, da CF), tais leis estaduais foram julgadas inconstitucionais, porque padecem de vício formal orgânico de inconstitucionalidade.

As provas discursivas de concursos geralmente desenham situações concretas que já foram trabalhadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Além disso, é comum a abordagem de casos fáticos que tenham pertinência com o ente político para o qual se presta o concurso. Por esse motivo, o aluno deve ficar atento principalmente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que envolve discussão de constitucionalidade de leis para o ente para o qual está prestando o concurso. Considerando que o DF cumula atribuições estaduais e municipais, você tem que ficar bem atento à jurisprudência referente a leis estaduais e municipais.

Isso revela a importância de revisar o tema pelos materiais do Dizer o Direito ou pelo próprio site do Supremo Tribunal Federal, por meio da ferramenta “A Constituição e o Supremo” (<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>), verificando especialmente a jurisprudência tocante aos artigos 22, 24 e 30 da CF.

Por sua vez, a **inconstitucionalidade formal propriamente dita de cunho subjetivo** é aquela que está relacionada à iniciativa do próprio trâmite legislativo.

Assim, ganha relevo a necessidade de estudar as matérias de iniciativa privativa do Presidente da República arroladas no art. 61, § 1º, II, da CF, que, de acordo com o princípio da simetria, têm aplicação também no processo legislativo estadual e municipal.

Sobre o tema, as provas discursivas ilustram situações fáticas que exigem conhecimento das matérias cujo processo legislativo deve ser começado pelo Chefe do Poder Executivo. Por exemplo, é comum cobrar do candidato a identificação de inconstitucionalidade de propostas de lei, de iniciativa parlamentar, que versam sobre servidores públicos e sobre aumento de atribuições de órgãos públicos.

O CESPE cobrou tais vícios de inconstitucionalidade nos concursos da PGE/AM (2016), da AGU (2012), da AGU (2015 – aplicação da primeira prova), entre outros.

Ante o exposto, a questão solicita do aluno análise da constitucionalidade da Lei n. 123/2021, abordando os fundamentos jurídicos necessários.

Nesse contexto, o que deve ser analisado? Voltemos ao enunciado:

Com o objetivo de promover o constante aprimoramento dos servidores públicos distritais, a Lei n. 123/2021, **de iniciativa parlamentar**, criou gratificação de titulação acadêmica para **todos os servidores públicos** do Distrito Federal, **inclusive para aqueles pertencentes aos quadros da Polícia Civil**. Desse modo, desde que cumpridos os requisitos legais, a conclusão de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado pode acrescer, respectivamente, 10, 20 e 30% do vencimento-base à remuneração dos **servidores distritais**.

Dica do PP Concursos:

Nos casos que abordem vícios de constitucionalidade, trace um roteiro para facilitar a identificação dos vícios.

Um bom roteiro é o seguinte:

Existência de **vício formal**?

Em caso afirmativo, de que tipo?

Formal Orgânico, iniciativa, procedimento?

Existência de **vício material**?

Violação a qual dispositivo da CF?

Inconstitucionalidade da Lei n. 123/2021, abordando os fundamentos jurídicos necessários:

A Lei n. 123/2021 possui dois vícios formais, sendo um deles do tipo formal orgânico e outro referente à iniciativa do projeto de lei.

O **vício formal orgânico** decorre da competência da União para legislar acerca do estatuto jurídico da Polícia Civil, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros do Distrito Federal, nos termos do art. 21, XIV, da CF/88.

Trata-se de uma das peculiaridades da arquitetura constitucional do Distrito Federal. Embora o ente distrital tenha poder de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação, no que se refere a algumas instituições, a competência de organização foi atribuída à União.

Desse modo, no que se refere às **polícias civil, penal e militar, corpo de bombeiros, Ministério Público e Poder Judiciário do Distrito Federal**, a competência para organização e manutenção foram atribuídas à União, nos termos do art. 21, XIII e XIV, da CF/88:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XIII - organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e a Defensoria Pública dos Territórios;

XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia penal, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio;

Especificamente no que se refere aos vencimentos dos membros das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, a competência legislativa privativa da União é objeto de súmula vinculante:

Súmula Vinculante n. 39: Compete privativamente à União legislar sobre vencimentos dos membros das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal.

Portanto, como a Lei Distrital n. 123/2021 cria gratificação para todos os servidores, inclusive para os Policiais Cíveis, houve invasão da competência privativa da União, resultando em uma inconstitucionalidade formal orgânica.

A norma também padece de **vício de inconstitucionalidade formal propriamente dita**, porque a matéria tratada na lei exigia iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo espaço para iniciativa parlamentar.

O art. 61, §1º, da CF/88 elenca as matérias que exigem iniciativa privativa do Presidente da República, dentre as quais há, no inciso II, a “*criação de cargos, funções ou empregos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração*”.

Por simetria, esse dispositivo também se aplica aos Estados e ao Distrito Federal, havendo exigência de iniciativa do Governador Distrital para leis que versem sobre as matérias constantes na referida norma, inclusive quando tratam da remuneração dos servidores públicos. Trata-se de um corolário do princípio da separação dos poderes, havendo a exigência de observância por todos os entes federados. Nesse sentido:

1. Esta Corte firmou entendimento segundo o qual a locução constitucional “regime jurídico dos servidores públicos” corresponde ao conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes. Nessa matéria, o processo de formação das leis está sujeito,

quanto à sua válida instauração, por efeito de expressa reserva constitucional, à exclusiva iniciativa do Chefe do Poder Executivo. (ADI 1197, Rel. Min.CELSO DE MELLO, Pleno, DJe de 31/5/2017)

É relevante destacar que, havendo vício de iniciativa, **a sanção pelo chefe do Executivo não convalida a norma inconstitucional.**

Voltando ao caso do enunciado, a Lei n. 123/2021 versou sobre a remuneração de todos os servidores públicos distritais, exigindo-se a iniciativa do Governador do Distrito Federal. Porém, a iniciativa da referida norma foi parlamentar. Com isso, há inconstitucionalidade formal em sentido estrito por vício de iniciativa. Em síntese, é necessário que o aluno alegue a inconstitucionalidade da lei n. 123/2021, apontando:

I. A inconstitucionalidade formal orgânica, por invasão de competência privativa da União, no que se refere à concessão do benefício aos policiais civis.

II. A inconstitucionalidade formal em sentido estrito, por vício de iniciativa, em razão de a norma, de iniciativa parlamentar, versar sobre o regime jurídico dos servidores públicos do Distrito Federal.

Indicação do meio de controle concentrado de constitucionalidade mais adequado à impugnação da norma:

O segundo ponto a ser abordado diz respeito à indicação do meio de controle de constitucionalidade concentrado mais adequado a ser utilizado para impugnação da norma em questão.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade é cabível para impugnar leis ou atos normativos federais ou estaduais, segundo disposto no art. 102, I, "a", da Constituição Federal:

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;

Ocorre que o distrito federal acumula competências legislativas e regulamentares tanto de âmbito estadual, como de âmbito municipal, em razão da sua estrutura diferenciada prevista no art. 32, §1º, da CF/88, que afirma serem atribuídas ao Distrito Federal *"as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios"*.

Em razão desta peculiaridade, o STF firmou entendimento no sentido de somente ser cabível a Ação Direta de Inconstitucionalidade quando a norma distrital impugnada versar sobre matéria estadual, afastando o conhecimento das ações que tenham por objeto normas que veiculem matérias tipicamente municipais. Nesse sentido, confira a redação da Súmula 642 do STF:

Súmula n. 642 do STF: Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal.

No caso de lei do Distrito Federal que verse sobre o regime jurídico de servidores públicos, a lei derivará de competência estadual ou municipal?

Nesse caso, não é possível identificar se a competência deriva de matéria estadual ou municipal, pois ambos os entes podem legislar sobre o regime jurídico dos seus servidores públicos.

Por esse motivo, o STF decidiu que, em se tratando de organização de pessoal, a norma poderá ser impugnada por meio de ADI tendo como parâmetro a Constituição Federal. Confira o seguinte trecho da decisão:

A natureza híbrida do Distrito Federal não afasta a competência desta Corte para exercer o controle concentrado de normas que tratam sobre a organização de pessoal, pois nesta seara é impossível distinguir se sua natureza é municipal ou estadual.

(ADI 3341, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 27-06-2014 PUBLIC 01-07-2014)

Por ser cabível a Ação Direta de Inconstitucionalidade, não será possível o ajuizamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, haja vista o caráter subsidiário desta, nos termos do art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99, que tem a seguinte redação:

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Portanto, no caso da Lei n. 123/2021, que versa sobre o regime jurídico de servidores públicos, será cabível Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo como parâmetro a Constituição Federal e cujo julgamento será perante o Supremo Tribunal Federal. Incabível, portanto, o ajuizamento de ADPF, dado caráter subsidiário desta.

Considerando que a norma distrital viola norma da Constituição Federal de reprodução obrigatória, também será cabível representação de inconstitucionalidade perante o TJDF. Com efeito, a Lei nº 123/2021 contém violação a preceitos que dizem respeito à organização federativa e à separação dos poderes, consistindo em elementos de reprodução obrigatória na Lei Orgânica do Distrito Federal.

Portanto, em se tratando de lei distrital e sendo o parâmetro normas de reprodução obrigatória, incluídas na Lei Orgânica automaticamente, independentemente de previsão expressa, **também seria cabível representação de inconstitucionalidade perante o TJDF**.

De acordo com o **art. 125, §2º, da CF/88**, compete “ao Estado a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

No que se refere às normas constitucionais de reprodução obrigatória, ainda que estas não constem expressamente na Constituição Estadual, considera-se implicitamente incluídas, podendo servir de parâmetro de controle de constitucionalidade na representação de inconstitucionalidade estadual prevista no art. 125, §2º, da CF/88.

Normas de reprodução obrigatória são aqueles que definem, previamente, a organização dos entes federados e ingressam automaticamente nas ordens jurídicas destes entes, ainda que haja o silêncio das Constituições Estaduais ou da Lei Orgânica do Distrito Federal. Nesse sentido, tratando especificamente de norma municipal, o STF fixou a seguinte tese no julgamento do Tema 484:

Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados.

No caso do Distrito Federal, a representação de inconstitucionalidade será proposta perante o TJDF e o parâmetro de controle será a Lei Orgânica do Distrito Federal.

Grade de Correção

ASPECTOS FORMAIS		
PONTO AVALIADO	NOTA	COMENTÁRIOS DO CORRETOR
<ul style="list-style-type: none"> • Legibilidade; • Organização textual. <p>PONTOS: 0,0 – 1,5</p>		
<ul style="list-style-type: none"> • Gramática; • Concatenação de ideias. <p>PONTOS: 0,0 – 1,5</p>		
Comentários do professor:		
ASPECTOS JURÍDICOS		
PONTO AVALIADO	NOTA	COMENTÁRIOS DO CORRETOR
<p>PONTO 1</p> <ul style="list-style-type: none"> • Apontar, fundamentadamente, a inconstitucionalidade formal da lei, indicando: <ol style="list-style-type: none"> a) Inconstitucionalidade formal orgânica, por invasão à competência privativa da União para legislar sobre a remuneração dos policiais civis do Distrito Federal. (0,0 – 3,0) b) Inconstitucionalidade formal propriamente direta, por vício de iniciativa, na medida em que se exige iniciativa do chefe do executivo para leis que versem sobre o regime jurídico dos servidores públicos. (0,0 – 3,0) <p>Obs.: Pontuação máxima apenas se citar os dispositivos constitucionais que servem de parâmetro para indicar a inconstitucionalidade.</p> <p>PONTOS: 0,0 – 6,0</p>		
<p>PONTO 2</p> <ul style="list-style-type: none"> • Apontar o cabimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, tendo como parâmetro a Constituição Federal. (0,0 – 1,0) • Apontar que, em regra, apenas normas distritais derivadas da competência estadual podem ser objeto de ADI perante o STF. (0,0 – 2,0) • Apontar que, em se tratando de leis que versem sobre o regime jurídico de servidores públicos, o STF conhece as ADI, 		

<p>não havendo possibilidade de diferenciar se há exercício de competência estadual ou municipal. (0,0 – 1,0)</p> <ul style="list-style-type: none">• Apontar o cabimento de representação de inconstitucionalidade perante o DF, indicando que as normas violadas da CF/88 são normas de reprodução obrigatória. (0,0 – 2,0) <p>PONTOS: 0,0 – 6,0</p>		
NOTA		

QUESTÃO 3

Explique no que consiste a norma geral antielisão abordando, necessariamente, os seguintes aspectos:

- a) Conceito de elisão fiscal, evasão fiscal e elusão fiscal;
- b) A compatibilidade da referida norma com a Constituição Federal e com o princípio da legalidade tributária, especialmente;
- c) As duas principais teorias que subsidiam a referida norma.

Comentários

A questão da elisão fiscal e os seus efeitos é um tema que sempre foi rodeado de questionamentos e divergências, mas que, recentemente, foi abordado pelo Supremo Tribunal Federal.

a) *Conceitos de elisão x elusão x evasão fiscal*

De início, é importante distinguir os conceitos de elisão, elusão e evasão fiscal.

Elisão fiscal é prática de **atos lícitos** pelo contribuinte para **reduzir o montante do tributo** a ser pago. Trata-se de um **planejamento tributário** feito pelo contribuinte, adotando meios normais para a prática do seu negócio, mas fazendo opções por aqueles que podem reduzir a sua carga tributária. Não há a omissão do fato gerador ou o uso de formas atípicas. **Decore: elisão é lícito.**

Evasão fiscal é a adoção de **práticas ilícitas** para sonegar o pagamento de tributos devidos. O fato gerador da obrigação tributária ocorre, mas o contribuinte se vale de artifícios para **esconder do Estado a sua ocorrência**, com a finalidade de não efetuar o pagamento dos tributos. Segundo a doutrina, normalmente, os atos que caracterizam evasão fiscal ocorrem após a ocorrência do fato gerador.

Elusão fiscal, também chamada de **elisão ineficaz ou abusiva**, ocorre quando o contribuinte se vale da simulação de um negócio jurídico, quando, na realidade, pratica outro. A finalidade é reduzir ou eliminar o débito tributário que decorreria da sua operação. Ricardo Alexandre traz um interessante exemplo de elusão fiscal em seu manual:

Imagine-se que um contribuinte "A" possua um imóvel no valor de um milhão de reais e o contribuinte "B" queira adquirir tal imóvel. A forma típica de se fazer o negócio é a celebração de um contrato de compra e venda entre "A" e "B", o que importaria a incidência do ITBI municipal. Suponha-se, contudo, que ambos firmem um contrato de constituição da sociedade comercial "Temporária Ltda." cujo capital social é de dois milhões de reais, composto por duas quotas de um milhão de reais cada, de forma que "A" integraliza sua parte com o imóvel (operação imune ao ITBI) e "B" em dinheiro. Alguns dias após o registro dos atos constitutivos, "A" e "B" resolvem extinguir a sociedade "Temporária LTDA" e, utilizando da liberdade contratual que o direito privado lhes dá, estabelecem que "A" receberá sua parte em dinheiro e "B" receberá o imóvel (operação também imune ao ITBI). No final das contas, houve a transferência da propriedade do imóvel de "A" para "B" sem a incidência do ITBI.

b) *Compatibilidade da norma geral antielisão fiscal com a Constituição Federal:*

Para coibir a redução dos débitos tributários por meio da elisão ineficaz ou abusiva, o legislador pátrio inseriu dispositivo no CTN que permite que a autoridade administrativa **desconsidere atos ou negócios praticados com a**

finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador. Trata-se do art. 116, parágrafo único, com redação dada pela Lei Complementar 104/2001:

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

De início, é preciso destacar que a norma geral antielisão aplica-se **tão somente para os casos de elisão ineficaz ou abusiva, também conhecidos por elusão fiscal.** Nos casos de **elisão fiscal propriamente dita, a norma não se aplica,** especialmente pelo fato de que estas condutas são lícitas e permitidas pelo ordenamento jurídico.

A norma permite apenas que se desconsidere a forma utilizada e avalie a substância do ato, não havendo desconstituição dos atos praticados, mas apenas desconsideração. Recentemente, alegou-se na ADI 2446 que a norma geral antielisão violaria o princípio da legalidade tributária, na medida em que permitia a cobrança de tributo em situação que não corresponderia à descrição do fato gerador, permitindo o uso da analogia, por parte dos agentes administrativos, para cobrança de tributo. Contudo, o STF decidiu que o dispositivo **não viola a Constituição Federal.**

A norma geral antielisão **não permite a cobrança de tributos fazendo uso da analogia.** Em verdade, permite apenas que considere um fato gerador que efetivamente ocorreu e que se amolda à hipótese de incidência, mas que houve uma tentativa de dissimulação por parte do contribuinte, ou seja, permite uma **interpretação econômica do fato.** Veja o que disse o STF em sua ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR N. 104/2001. INCLUSÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO AO ART. 116 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL: NORMA GERAL ANTIELISIVA. ALEGAÇÕES DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA LEGALIDADE ESTRITA EM DIREITO TRIBUTÁRIO E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NÃO CONFIGURADAS. ACÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE.

(ADI 2446, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 11/04/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 26-04-2022 PUBLIC 27-04-2022)

Por mais que o julgado seja posterior à publicação do edital, não se considera que houve mudança de jurisprudência alguma ou declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal. Trata-se de conteúdo já conhecido antes da própria publicação do edital.

c) Teorias que fundamentam a norma geral antielisão

A doutrina aponta duas principais teorias que fundamentam a norma geral antielisão.

A primeira delas é a **teoria da consideração econômica do fato** (*substantial over form*). Para essa teoria, os fatos devem ser considerados de acordo com a sua substância, não levando em consideração a forma adotada pelo contribuinte. Prioriza-se a essência econômica do ato, independente da forma escolhida pelos envolvidos.

A segunda é a **teoria do teste do propósito negocial** (*business purpose test*). Esta teoria preconiza que deve ser investigada a intenção do contribuinte para adoção de determinada forma jurídica. Caso haja uma intenção extratributária, isto é, um propósito negocial, não haverá elusão fiscal. Porém, se a adoção da forma teve como finalidade **apenas reduzir ou eliminar o valor devido a título de tributo**, ela deverá ser desconsiderada, pois trata-se de hipótese de elusão fiscal.

Grade de Correção

ASPECTOS FORMAIS		
PONTO AVALIADO	NOTA	COMENTÁRIOS DO CORRETOR
<ul style="list-style-type: none"> • Legibilidade; • Organização textual. <p>PONTOS: 0,0 – 1,5</p>		
<ul style="list-style-type: none"> • Gramática; • Concatenação de ideias. <p>PONTOS: 0,0 – 1,5</p>		
ASPECTOS JURÍDICOS		
PONTO AVALIADO	NOTA	COMENTÁRIOS DO CORRETOR
<p>INTRODUÇÃO</p> <ul style="list-style-type: none"> • Conceituar a Norma Geral Antielisão Fiscal, indicando a sua finalidade e o dispositivo jurídico que a contém. <p>PONTOS: 0,0 – 3,0</p>		
Comentários do professor:		
<p>ITEM A</p> <p>a) Conceituar Elusão, Elisão e Evasão Fiscal, indicando a qual delas se dirige a norma geral antielisão fiscal.</p> <p>PONTOS: 0,0 – 3,0</p>		
<p>ITEM B</p> <ul style="list-style-type: none"> • Defender a constitucionalidade da norma. Mencionar a decisão do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade. • Defender que não há violação ao princípio da legalidade. Apontar que a norma não permite o uso da analogia para cobrança do tributo. <p>PONTOS: 0,0 – 3,0</p>		
<p>ITEM C</p>		

<ul style="list-style-type: none">• Discorrer sobre a teoria da consideração econômica do fato gerador.• Discorrer sobre a teoria do teste do propósito negocial. <p>PONTOS: 0,0 – 3,0</p>		
NOTA		