



A capacidade postulatória dos procuradores estaduais e o pacto federativo

A Constituição de 1988, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira, estatui em seu artigo 179: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Trata-se, portanto, de norma de eficácia limitada, de cunho programático, carecendo de lei específica para produzir todos os efeitos aos quais se propôs. Nada obstante, à época da promulgação da Carta da República vigia a Lei 7.256/84, que estabelecia as “normas integrantes do Estatuto da Microempresa, relativas ao tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial”.

O primeiro debate reside, portanto, em saber se a lei supracitada foi ou não recepcionada pela Constituição de 1988, já que não há dúvida quanto à intenção do legislador de erigir a nível constitucional as vitórias alcançadas pelos microempresários com a edição do chamado Estatuto da Microempresa.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Mandado de Injunção Coletivo 73-5/94, declarou que a Lei 7.256/84 fora recepcionada pela Constituição de 1988, em acórdão assim ementado:

Mandado de Injunção Coletivo. Esta Corte tem admitido o mandado de injunção coletivo. Precedentes do Tribunal. Em mandado de injunção não é admissível pedido de suspensão por inconstitucionalidade, de lei, por não ser ele o meio processual idôneo para a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de ato normativo. Inexistência, no caso, de falta de regulamentação do art. 179 da Constituição Federal, por permanecer em vigor a Lei 7.256/84, que estabelece normas integrantes do Estatuto da Microempresa, relativas ao tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial. Mandado de Injunção não conhecido. (STF, Ementário 1772-1, DJ 19.12.94.) (Grifou-se).

Para espancar qualquer dúvida sobre o assunto, foi editada a Lei 9.841/99, que instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, revogando expressamente as Leis 7.256/84 e 8.864/94 (artigo 43).

Note-se, porém, que o tratamento diferenciado para micro e pequenas empresas se constituía objeto da Lei 9.317/96, que instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples Federal.



O que se viu a partir de então foi um leque de dispositivos legais, de âmbito estadual e/ou municipal, sobre o regime tributário das micro e pequenas empresas, o que, com certeza, vai de encontro à norma inserta no artigo 179 da Constituição.

Com o advento da EC 42/03, que alterou o artigo 146 da Constituição e incluiu o artigo 94 no seu ADCT, sendo reservado à lei complementar a definição de tratamento diferenciado e favorecido para microempresas e empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso de ICMS, contribuições sociais e PIS.

A edição da LC 123/06, com vigência a partir de 01 de julho de 2007, unificou nacionalmente a matéria.

O Simples Nacional inclui os seguintes impostos e contribuições:

- IRPJ- Imposto de Renda da Pessoa Jurídica;
- IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados;
- CSLL – Contribuição Social sobre Lucro Líquido;
- COFINS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social;
- PIS/PASEP – Contribuição para Programa de Integração Social;
- Contribuição para Seguridade Social “Patronal”;
- ICMS – Imposto Sobre Circulação de Mercadoria e Sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações; e
- ISS – Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Com o surgimento do Simples Nacional, as empresas optantes deixaram de ser obrigadas a contribuir com os demais tributos da União, inclusive as contribuições para as entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical. Contudo, não é escopo deste artigo analisar referido sistema tributário nem o tratamento diferenciado conferido às micro e pequenas empresas. Fez-se necessária tal digressão para possibilitar ao leitor inserir-se no contexto sociopolítico e, principalmente, jurídico da discussão central deste trabalho.

Dispõe o artigo 41 da LC 123/06:

Artigo. 41. À exceção do disposto no parágrafo 3º deste artigo, os processos relativos a tributos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional serão ajuizados em face da União, que será representada em juízo pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Parágrafo 1º Os Estados, Distrito Federal e Municípios prestarão auxílio à Procuradoria-Geral da



Fazenda Nacional, em relação aos tributos de sua competência, na forma a ser disciplinada por ato do Comitê Gestor.

Parágrafo 2º Os créditos tributários oriundos da aplicação desta Lei Complementar serão apurados, inscritos em dívida ativa da União e cobrados judicialmente pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Parágrafo 3º Mediante convênio, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderá delegar aos Estados e Municípios a inscrição em dívida ativa estadual e municipal e a cobrança judicial dos tributos estaduais e municipais a que se refere esta Lei Complementar.

Somente para delimitar o escopo da discussão, deve-se ressaltar alguns pontos da norma supracitada:

- Alteração da legitimidade passiva para os processos relativos a tributos estaduais, distritais e municipais, avocando-a para a União, representada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;
- Alteração da competência administrativa para apuração e inscrição em dívida ativa; mais que isto, a inclusão de créditos tributários originados de tributos estaduais, distritais e municipais na dívida ativa da União, representada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;
- Alteração da legitimidade ativa para cobrança judicial dos créditos tributários estaduais, distritais e municipais, avocando-a para a União, representada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;
- Ressalte-se que o convênio previsto no parágrafo 3º do citado artigo não inclui a possibilidade de o Distrito Federal vir a figurar como parte, afastando por completo eventual participação deste ente federado na cobrança judicial de seus

tributos incluídos no Simples Nacional.

Segue-se uma abordagem dos impactos da referida norma no pacto federativo e na competência constitucional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal para representar a respectiva unidade federada.

Pacto federativo

Inicialmente, urge assinalar que federalismo se constitui num princípio que sustenta a federação como um ideal para a vida social e política em determinados Estados, baseada no aspecto fundamental do pluralismo, na tendência de harmonização e no princípio regulador da solidariedade(1). Ou, ainda, como diria o Mestre Antônio Roberto Sampaio, “é o federalismo a fórmula histórico-pragmática de composição política que permite harmonizar a coexistência, sobre idêntico território, de duas ou mais ordens de poderes autônomos, em suas respectivas esferas de competência”. (2)

Poder-se-ia citar como características básicas do federalismo:

- alocação eficiente dos recursos nacionais;



- aumento da participação política da sociedade;
- proteção das liberdades básicas e dos direitos individuais dos cidadãos;
- autonomia constitucional, política, administrativa e financeira das unidades federadas;
- uma só ordem constitucional a manter o Estado soberano;
- rigidez constitucional e controle concentrado de constitucionalidade;
- mecanismos contra movimentos de secessão e para manter o pacto federativo;
- distribuição de competência legislativa, tributária e política asseguradas constitucionalmente

Dispõe a Constituição de 1988 que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito ...” (artigo 1º), e ainda que “*Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado*” (artigo 60, parágrafo 4º, I).

Daí a jurisprudência e a doutrina afirmarem em uníssono a impossibilidade de que proposta de emenda constitucional venha a impor o exercício do poder político de forma concentrada ou interferir na autonomia constitucional, política, administrativa, legislativa ou financeira das unidades federadas. Tal somente seria possível com a instauração de uma nova ordem constitucional, fruto do poder originário.

De outro lado, há que se ter claro que a manutenção da forma federativa de Estado não significa dizer que a distribuição de competências constitucionais não possa ser revista; o importante é que seja mantida a União Federal e garantida a autonomia das unidades federativas.

Como diria André Eliali: “É possível uma reformulação de competências, permitindo-se, por exemplo, a criação de um imposto sobre o consumo, de competência da União e em substituição ao IPI, ICMS e ISS, tendo-se por destinação compulsória a repartição de receitas com os Estados, Distrito Federal e Municípios, de forma a se manter a atual ordem de receitas. Com tal destinação compulsória, manter-se-ia o nível de recursos necessários para a estruturação das entidades federativas”.(3)

Após essas breves considerações acerca dos conceitos e objetivos do federalismo, afigura-se importante destacar monografia elaborada pela Federação Nacional do Fisco Estadual (Fenafisco) e a Fundação Getúlio Vargas, intitulada *Federalismo Fiscal, Eficiência e Equidade: uma Proposta de Reforma Tributária*, de novembro de 1994, na qual se realizou estudo comparado dos sistemas tributários mais importantes do mundo, o qual foi adaptado ao presente artigo, visando contribuir com a exploração do tema proposto. Veja-se.

Nos Estados Unidos da América, a administração tributária é descentralizada. Dessa forma, a competência para administrar e arrecadar tributos é de cada esfera de governo, o que gera ampla



autonomia fiscal aos Estados; de outro lado, traz sérios problemas ao contribuinte, que tem de prestar contas ao fisco de forma diferenciada a cada transação. Além disso, a falta de uniformização de procedimentos resulta em sobreposição de atividades e estruturas administrativas.

No Japão, existe uma agência (ATN) encarregada da execução e administração da política tributária. E, muito embora os impostos locais sejam administrados pelos respectivos governos, cumpre ao Ministério do Interior o planejamento e arrecadação dos impostos locais, de forma centralizada. Já ao Legislativo compete definir a base tributária e a alíquota de cada imposto.

No Reino Unido, a constituição não delega amplos poderes aos governos locais, sendo-lhes atribuído somente dois impostos: o imposto nacional sobre a propriedade e o imposto local sobre a propriedade. Compete ao Serviço de Receita do Reino Unido e ao Departamento de Aduanas e Impostos — órgãos com escritórios executivos espalhados por todo o território — a administração e arrecadação de impostos.

Ressalte-se que as relações intergovernamentais no Reino Unido caracterizam-se por um forte controle do governo central, havendo reduzida autonomia dos governos locais.

A Alemanha, república federativa com um sistema parlamentarista de governo e estrutura bicameral, possui legislação tributária uniforme e centralizada. A jurisdição sobre a receita tributária, as categorias de impostos e a competência tributária de cada nível de governo estão determinadas na constituição. O governo federal é responsável pela administração somente das tarifas alfandegárias, dos impostos seletivos sujeitos à legislação federal, do IVA das importações e das taxas fixadas pela União Europeia. Todos os outros impostos são administrados pelas agências estaduais de arrecadação. Com relação aos impostos conjuntos, os Estados atuam como agentes da federação. A administração dos impostos de competência dos governos locais é transferida total ou parcialmente para os Estados. A administração arca com os custos da arrecadação dos impostos federais; todos os outros custos são de responsabilidade dos Estados. A autonomia fiscal reduzida dos Estados pode ser explicada, em parte, pelo modelo de federalismo cooperativo, baseado em partilha de receita tributária e no método de equalização financeira.

A distribuição de impostos no Brasil é do tipo especializada, ou seja, atribui a cada unidade federada competência sobre determinada base tributária. Assim, o imposto de renda foi atribuído à União; o imposto sobre a propriedade territorial e urbana destinado aos municípios e o imposto sobre consumo dividido nas três esferas de governo, sendo dos Estados a parte mais importante.

O Título VI da Constituição Federal, Da Tributação e do Orçamento, Capítulo I, Do Sistema Tributário Nacional, principalmente os artigos 154 a 157, distribui as competências tributárias para a União, Estados e Distrito Federal e Municípios.

Não basta, todavia, distribuir competências para se implantar o chamado “federalismo fiscal”, que é uma das bases do federalismo; é necessário buscar o equilíbrio entre a arrecadação das unidades da federação e suas responsabilidades. Aqui nasceu um dos maiores erros da história da federação brasileira que, às vezes, faz com pareça muito mais centralizada do que os Estados unitários.



As competências tributárias foram claramente estabelecidas, mas não as responsabilidades. Questões essenciais como educação e saúde são atribuições de todos os níveis da federação, o que gera um jogo de empurra e troca de favores, ao invés do comprometimento de todos.

Como forma de minimizar os problemas estruturais, a Constituição Federal prevê transferências intergovernamentais, conforme se segue:

? União para os Estados:

- 21,5% da arrecadação do IR e do IPI (artigo 159, I);
- 10% da arrecadação do IPI aos Estados exportadores, proporcionalmente às suas exportações (artigo 159,II);
- 30% da arrecadação do IOF-OURO;
- 29% da arrecadação com a CIDE – Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (artigo 159, III);
- 20% da arrecadação de impostos criados após o advento da Carta de 1988 – competência residual da União;

? União para os Municípios:

- 22,5% da arrecadação do IR e do IPI;
- 70% da arrecadação do IOF-OURO;
- 50% da arrecadação do ITR, podendo chegar a 100%

? Estados para os Municípios:

- 25% da arrecadação do ICMS;
- 50% da arrecadação do IPVA; e
- 25% da transferência que o Estado receber da cota-parte do IPI-Exportação (artigo 159, parágrafo 3º).

A Constituição ainda determinou que o imposto de renda retido na fonte dos servidores públicos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios seja computado como receita tributária dos respectivos entes.

Os repasses listados acima podem ter natureza constitucional ou não. Os primeiros são vinculados e automáticos; já os segundos dependem de convênios ou acordos políticos.



Destaquem-se aqui alguns pontos de extrema importância para a compreensão da questão ora estudada:

- As competências tributárias estão claramente delimitadas na Constituição Federal.
- As responsabilidades de cada ente da federação carecem de definição; onde exatamente começa o papel de um e termina o do outro.
- Não há equilíbrio entre as bases tributárias (receitas) e as atribuições constitucionais (despesas).
- Há mecanismo para equilibrar as fontes e usos, repartição das receitas tributárias, repasses constitucionais e não-constitucionais.

Infere-se daí que não há falar em autonomia do ente federado sem que haja perfeito equilíbrio entre as receitas tributárias e/ou repasses intergovernamentais e suas responsabilidades constitucionalmente estatuídas.

Mais que isto, o cerne da questão está na capacidade de arrecadação direta, já que a dependência de repasses intergovernamentais leva, sem sombra de dúvida, à política do “beija-mão” e troca de favores, sem falar em tráfico de influência e corrupção.

Um Estado federal deve primar pela descentralização das responsabilidades, das fontes e dos usos dos recursos públicos, pois somente a proximidade com o beneficiário direto pode permitir uma eficiente fiscalização.

Chega-se agora ao ponto central do trabalho, que é avaliar a capacidade postulatória dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal.

Primeiro, há que se conceituar capacidade postulatória. Dispõe o artigo 133 da Constituição Federal que “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Já o artigo 36 do Código de Processo Civil estabelece que “A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver”. Ou seja, a capacidade postulatória consiste na possibilidade de se postular em juízo. Só quem detém essa capacidade no processo civil brasileiro é o advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, ressalvadas as causas até vinte salários mínimos que tenham curso nos juizados especiais.

Ressalte-se que algumas carreiras possuem capacidade postulatória decorrente da lei que as instituiu ou diretamente da Constituição, como é o caso do Ministério Público, ou, ainda, do processo penal (Habeas Corpus, revisão criminal) e do processo do trabalho.

Centrando a discussão na advocacia pública, impende assinalar o que estabelece a Constituição Federal, em seu art. 132: “Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o



ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas”.

Poder-se-ia conceituar advocacia pública como sendo as funções atinentes à representação judicial e extrajudicial das pessoas jurídicas de direito público, bem como à prestação de consultoria, assessoramento e controle jurídico interno dos Poderes que constituem o ente federado. Deixe-se claro que aqui não se faz distinção entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, como também não se está restrito à Administração. (5)

A representação da Fazenda Pública tem sede constitucional, sendo prescindível a juntada de procuração. Já os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal não precisam juntar instrumento de mandado, pois este decorre do vínculo que mantêm com a Administração. Nesse sentido:

(...) os procuradores públicos adquirem o poder de representação pela só condição funcional, o que os desonera de apresentação de instrumento de mandado. Seria contraditório que detivessem aquela qualidade por decorrência normativa e simultaneamente houvessem de comprovar poder de representação volitivo. A procuração é materialização de negócio jurídico, circunstância incompatível com a natureza da relação que se estabelece entre o órgão público e seus procuradores. Seu poder de representação está *in re ipsa*. Não por acaso, descabe substabelecimento dos poderes advindos da lei decorrentes da nomeação (fato que, mesmo inesperado, acontece no cotidiano forense). (6)

Segundo o Procurador Federal Matheus Rocha Avelar (7), trata-se das chamadas “Procuraturas Constitucionais” — Procuradoria Federal, Advocacia-Geral da União e Procuradoria da Fazenda Nacional, assim designadas por terem os seus membros recebido a representação das entidades públicas diretamente da Constituição Federal. Seguindo esta linha de raciocínio, poderiam ser incluídos aí os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal.

De se destacar que não há simetria entre a representação da União e a dos Estados, por força do disposto no artigo 131 e seu parágrafo 3º :

Artigo 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

(...)

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

Como se vê, a União possui não só uma instituição que a representa, mas também um órgão a ela vinculado, com capacidade postulatória constitucionalmente definida para execução de dívida ativa de



natureza tributária. Ou seja, se a causa ostentar natureza tributária ou fiscal, a União será representada pela PGFN; nos outros tipos de demanda, pela AGU.

Por muito tempo prevaleceu o entendimento de que essa possibilidade de especialização, em especial de delegação da capacidade de representação em juízo, deveria se repetir na esfera estadual, considerando-se o disposto no artigo 69 do ADCT-CF/88, segundo o qual “Será permitido aos Estados manter as consultorias jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais, desde que, na data da promulgação da Constituição, tenham órgãos distintos para as respectivas funções”.

Como se vê, a norma é muito clara em somente permitir uma exceção ao preceituado no artigo 131 do corpo permanente da Constituição, mas, como dito anteriormente, este entendimento não é pacífico. Por exemplo: “A Carreira de Procurador do Estado e do Distrito Federal, foi institucionalizada em nível de Constituição Federal. Isto significa a institucionalização dos órgãos estaduais de representação e consultoria dos Estados, uma vez que os Procuradores, a que se incumbe essa função no artigo 132 daquela Carta Magna, hão de ser organizados em carreira dentro de uma estrutura administrativa unitária em que sejam todos congregados, ressalvado o disposto no artigo 69 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que autoriza os Estados a manter consultorias jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais, desde que, na data da promulgação da Constituição, tenham órgãos distintos para as respectivas funções (é o caso de Pernambuco)”. (8)

O tema ora em debate já foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal, quando da promulgação das constituições estaduais. É que ao regulamentar a representação judicial e extrajudicial em suas unidades federadas, estas constituições trouxeram à baila o real papel das Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal.

Algumas questões careciam de resposta, o que levou a interpretações incongruentes sobre o mesmo tema. Por exemplo:

- Quais os limites constitucionais à organização dos Estados?
- A norma prevista no artigo 131 da Constituição Federal é de repetição obrigatória? Poder-se-ia utilizar de simetria entre o modelo da União e o dos Estados?
- A referência feita pelo artigo 132 à “unidade federada” inclui todos os Poderes e também a administração direta e indireta?
- O cotejamento entre o artigo 131 do texto permanente e o artigo 69 do ADCT possibilita a delegação de competência para o exercício de consultoria jurídica?

Estas foram algumas questões que, via ação direta de inconstitucionalidade, bateram às portas da Corte Constitucional.



A primeira discussão foi suscitada na ADI 175-2/PR em face de dispositivos da Constituição do Paraná. Certamente, o grande número de questionamentos não possibilitou um debate mais aprofundado do artigo 132 da Constituição Federal, culminando com a seguinte decisão:

FUNCIONALISMO. LICENÇA ESPECIAL E DIREITO A CRECHE. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ITENS XVIII E XXI DO ART. 34 DA CONSTITUIÇÃO DO PARANÁ, POR TRATAREM DE MATÉRIA SUJEITA À INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO (ART. 61, PAR. 1., C E D, DA CARTA FEDERAL). 2. CORREÇÃO MONETÁRIA DE VENCIMENTOS EM ATRASO (PAR. 7. DO ART. 27 DA CARTA PARANAENSE), NÃO INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 3. BANCO REGIONAL DO DESENVOLVIMENTO DO EXTREMO SUL. NATUREZA AUTÁRQUICA NÃO CARACTERIZADA, NÃO PODENDO TAMBÉM O ESTADO DISPOR, ISOLADAMENTE, SOBRE REGIME DOS SERVIDORES DA EMPRESA (ART. 46 DO ADCT DO PARANÁ), SEM O CONCURSO DAS DUAS OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO, DELA PARTICIPANTES (ART. 25 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). 4. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 55 DO ADCT DO PARANÁ, POR DILATAR A EXCEÇÃO DE DISPENSA DE CONCURSO PARA O CARGO DE DEFENSOR PÚBLICO, PREVISTA NO ART. 22 DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS FEDERAIS, INFRINGINDO OS ARTS. 37, II, E 134, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 5. COMPATIBILIDADE COM O ART. 132 DA CARTA FEDERAL E O ART. 69 DO RESPECTIVO ADCT DA MANUTENÇÃO, PELO ART. 56 DA CONSTITUIÇÃO PARANAENSE, DE CARREIRAS ESPECIAIS, VOLTADAS AO ACESSORAMENTO JURÍDICO, SOB A COORDENAÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO. 6. AÇÃO DIRETA JULGADA, EM PARTE, PROCEDENTE. (Grifou-se.), DJ 08.10.93,

Em maio de 1993, o Conselho Federal da OAB aforou a ADI-MC nº 881-ES, questionando lei complementar estadual que instituiu cargos comissionados de assessor jurídico no Poder Executivo. Segue-se a ementa do julgado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 11/91, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (ART. 12, CAPUT, E §§ 1º E 2º; ART. 13 E INCISOS I A V). ASSESSOR JURÍDICO. CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. FUNÇÕES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO. USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA.

O desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada aos Procuradores do Estado pela Carta Federal. *A Constituição da República, em seu art. 132, operou inderrogável imputação de específica e exclusiva atividade funcional aos membros integrantes da Advocacia Pública do Estado, cujo processo de investidura no cargo que exercem depende, sempre, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos. (Grifou-se.), DJ 25.04.97*

Já a ADI 1.557-DF, foi proposta pela ANAPE – Associação Nacional de Procuradores Estaduais em face da Câmara Legislativa do Distrito Federal, sob o argumento de que a criação de uma Procuradoria Geral



da Câmara Distrital violava o artigo 132 da Constituição Federal. Eis a ementa do acórdão:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA Nº 9, DE 12.12.96. LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. CRIAÇÃO DE PROCURADORIA GERAL PARA CONSULTORIA, ASSESSORAMENTO JURÍDICO E REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA CÂMARA LEGISLATIVA. PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE INICIATIVA E DE OFENSA AO ART. 132 DA CF.

1. Reconhecimento da legitimidade ativa da Associação autora devido ao tratamento constitucional específico conferido às atividades desempenhadas pelos Procuradores de Estado e do Distrito Federal. Precedentes: ADI 159, Rel. Ministro Octavio Gallotti, e ADI 809, Rel. Ministro Marco Aurélio.

2. A estruturação da Procuradoria do Poder Legislativo distrital está, inegavelmente, na esfera de competência privativa da Câmara Legislativa do DF. Inconsistência da alegação de vício formal por usurpação de iniciativa do Governador.

3. A Procuradoria Geral do Distrito Federal é a responsável pelo desempenho da atividade jurídica consultiva e contenciosa exercida na defesa dos interesses da pessoa jurídica de direito público Distrito Federal.

4. Não obstante, a jurisprudência desta Corte reconhece a ocorrência de situações em que o Poder Legislativo necessite praticar em juízo, em nome próprio, uma série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência frente aos demais Poderes, nada impedindo que assim o faça por meio de um setor pertencente à sua estrutura administrativa, também responsável pela consultoria e assessoramento jurídico de seus demais órgãos. Precedentes: ADI 175, DJ 08.10.93 e ADI 825, DJ 01.02.93. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (Grifou-se.) , DJ 18.06.04

Cite-se, ainda, a ADI 1.679-GO, em que a Anape questionava a criação da Procuradoria da Fazenda do Estado de Goiás, vinculada ao Secretário Estadual de Fazenda, pela possibilidade de replicação, por simetria, do modelo de representação judicial da União para os Estados e o Distrito Federal. Veja-se a ementa do acórdão:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional nº 17, de 30 de junho de 1997, promulgada pela Assembléia Legislativa do Estado de Goiás, que acrescentou os §§ 2º e 3º e incisos, ao art. 118 da Constituição estadual. 3. Criação de Procuradoria da Fazenda Estadual, subordinada à Secretaria da Fazenda do Estado e desvinculada à Procuradoria-Geral. 4. Alegação de ofensa aos arts 132 da Constituição e 32 do ADCT. 5. Descentralização. Usurpação da competência funcional exclusiva da Procuradoria-Geral do Estado. 6. Ausência de previsão constitucional expressa para a descentralização funcional da Procuradoria-Geral do Estado. 7. Inaplicabilidade da hipótese prevista no art. 69 do ADCT. Inexistência de órgãos distintos da Procuradoria estadual à data da promulgação da Constituição. 8. Ação julgada procedente. (Grifou-se.) DJ 21.11.03,

Tem-se, portanto, que aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal é assegurada a unicidade de



competência para representar os seus entes federados judicial e extrajudicialmente. E, considerando a linha de pensamento manifestada pelos Senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal, na composição atual, poder-se-ia dividir o tema em três blocos de interpretação:

– Defende-se a prerrogativa constitucional de competência para representação judicial e extrajudicial dos procuradores; admite-se, porém, que os Poderes Legislativo e Judiciário tenham procuradorias próprias para representá-los diante de uma possível usurpação de competência. Neste bloco incluímos a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello.

– Outro bloco de interpretação segue a mesma linha do primeiro, diferindo deste somente por não admitir a representação autônoma dos Poderes Legislativo e Judiciário, sob o argumento de que o art. 132 se refere a unidades federadas – comunhão de todos os Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Aqui se está a falar do Ministro Marco Aurélio.

– Um terceiro grupo tergiversa entre os posicionamentos, não se podendo dizer que possuam uma posição contundente acerca do tema. Nesta linha se posicionam os Ministros Cezar Peluso e Carlos Britto;

Note-se que ficaram de fora deste rol de interpretação a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito.

É neste cenário que a Associação Nacional dos Procuradores de Estado – Anape aforou a ADI 3.903-DF em face da norma constante do artigo 41 da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, por violação às normas contidas nos artigos 132 e 146, parágrafo único, IV, da Constituição Federal, e ao pacto federativo. No entanto, referida ação direta não foi conhecida pelo Relator, Ministro Cezar Peluso, em decisão publicada no DJE de 05.05.08.

A argumentação deduzida neste artigo pode ser assim sumarizada:

– Existe lei em plena vigência e eficácia tratando do assunto.

– Muito embora os questionamentos sobre a constitucionalidade destes normativos, não foi deferida qualquer medida liminar que sustasse a produção dos seus efeitos.

– De se deixar claro também que, pelo que se tem notícia, não houve qualquer medida efetiva da Procuradoria da Fazenda Nacional no sentido de fazer valer a sua competência para inscrever, ajuizar e representar em juízo conforme previsto nos normativos em questão.

– Ainda não há, como é do conhecimento geral, capacidade operacional da PGFN para assumir mais essas responsabilidades. Para isso seria necessária a revisão de seu quadro de procuradores e de toda a estrutura de apoio. Aliás, a lei complementar em comento está por admitir o desenvolvimento de uma complexa rede de distribuição da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, de forma a se estruturar para atender nas mais distantes localidades do território nacional. Quem conhece o Brasil, certamente tem a noção do que se está a dizer.

– Por outro lado, ter-se-ia de discutir a competência para processar e julgar esses feitos, já que um sem-



número de processos que hoje tramitam na Justiça Comum estadual seriam deslocados para a Justiça Federal, que apresenta as mesmas dificuldades que aquela, urgindo dotá-la de recursos orçamentários, materiais e de pessoal.

– Há, também, que se analisar os impactos para o contribuinte; afinal de contas, a Lei Complementar 123/06 foi criada a partir das diretrizes constitucionais de proporcionar tratamento diferenciado e simplificado às empresas de micro e pequeno porte. Aqui certamente repousam os principais impactos das medidas introduzidas pela referida lei complementar, em especial quando se fala na avocação de competência das Procuradorias dos Estados para a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. O deslocamento da competência da Justiça Comum Estadual para a Justiça Federal fará com que o contribuinte tenha de se especializar, juntamente com os seus advogados, em uma nova esfera do Judiciário, e, mais do que isto, perder-se-ia a análise de âmbito local e mais próximo, característica primeira da Justiça Estadual.

O que se vê claramente é que, além da inconstitucionalidade do dispositivo (artigo 41 da Lei Complementar 123/06) por modificar competência constitucionalmente estabelecida, as medidas previstas na Lei são desarrazoadas e de difícil implementação. Mais do que isto: atacam frontalmente os princípios administrativos da eficiência e supremacia do interesse público.

Assim, não resta outra medida senão declarar a inconstitucionalidade do artigo 41 da Lei Complementar 123/06, de modo a fazer cumprir a competência constitucionalmente estabelecida para os Procuradores dos Estados.

Não obstante, faz-se necessário discutir como se dará a operacionalização da inscrição e cobrança dos tributos participantes do SIMPLES. Por exemplo:

- Quem deve responder passivamente nas questões relativas a esses tributos?
- Como estabelecer as obrigações acessórias?
- Quem deve inscrever e como será imputado o pagamento dos tributos?

Essas questões devem ser devidamente exploradas em outro artigo, mas tão-somente como sugestão e para não deixá-las totalmente sem resposta se propõe:

- O estabelecimento de convênios de cooperação entre União, Estados e Municípios de forma a possibilitar a adoção de medidas administrativas e judiciais para os assuntos que envolvam o SIMPLES Nacional, nos termos do artigo 241 da Constituição Federal: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada dos serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.
- A definição individual do valor de cada tributo e a previsão de repartição do *quantum* arrecadado, desta forma, a inscrição na Dívida Pública deverá ocorrer nos três níveis da federação, tomando-se por



base a expectativa de arrecadação.

– Que as normas gerais de imputação do Código Tributário Nacional (artigo 163) sejam combinadas com a ordem de preferência para a execução dos créditos tributários em caso de concurso entre fazendas públicas (artigo 187). Assim, deve-se primeiro garantir o pagamento dos tributos da União, dos Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e *pro rata*, e depois dos Municípios, também conjuntamente e *pro rata*. E, ainda, considerar o prazo prescricional e o valor dos créditos tributários.

Uma das modernas tendências da administração tributária é tornar próximas as fontes de receitas e suas aplicações. Assim, o movimento mais adequado seria atribuir mais competências e responsabilidades às administrações locais – Municípios – em detrimento da estruturas do órgão central, União.

Como se vê, a Lei Complementar 123/06 vai de encontro aos princípios da boa administração tributária e, por isso, merece ajustes. É possível, contudo, afirmar que houve considerável avanço ao se unificar a legislação que propõe tratamento diferenciado para as microempresas e de pequeno porte.

Aliás, simplificar o processo de arrecadação deve ser uma busca constante da Administração. Reduzir a carga tributária de forma a beneficiar os maiores geradores de empregos e propulsores da economia, mais do que um objetivo, é responsabilidade dos governos. De outro lado, não se pode permitir a interferência na autonomia das unidades federadas a pretexto de simplificar processos e procedimentos – o pacto federativo, por se tratar de cláusula pétrea, deve ser observado em todas as ações de governo – nem dar azo à sagacidade da União em abocanhar competências e recursos, fazendo com que o Brasil, em alguns momentos, seja mais centralizado do que alguns Estados unitários.

Não resta dúvida, portanto, da inconstitucionalidade da norma contida no artigo 41 da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, devendo as pretensões ali declaradas serem, de forma negociada com todos os entes da federação, reguladas por meio de convênio de cooperação nos moldes previstos no artigo 241, da Constituição Federal de 1988

Referências

1. *“Federalism in its broadest and most general sense is a principle which conceives the federation as the ideal form of social and political life. It is characterized by a tendency to substitute coordinating for subordinating relationships from above with reciprocity, understanding and adjustment, command with persuasion and force with law. The basic aspect of federalism is pluralistic its fundamental tendency is harmonization and its regulative principle is solidarity”*. BOEHM, Max Hildebert. *Encyclopedia of the Social Sciences*, pp. 169-170, *op. cit.* in *O Federalismo Fiscal Brasileiro e o Sistema Tributário Nacional*, ELIALI, André, pp. 17-18.

2 SAMPAIO DÓRIA, Antônio Roberto. *Discriminação de Rendas Tributárias*. São Paulo: José Brushatsky, 1972, p. 9. *Op. cit.* in *O Federalismo Fiscal Brasileiro e o Sistema Tributário Nacional*, ELIALI, André, p. 18.

3 ELIALI, André. *O Federalismo Fiscal Brasileiro e o Sistema Tributário Nacional*. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 63.

4 FENAFISCO/FGV – *Federalismo Fiscal, Eficiência e Equidade: uma proposta de reforma tributária – monografia contratada pela FENAFISCO para a FGV-EPGE Escola de Pós-Graduação em Economia e elaborada com base em princípios e diretrizes ditadas pelo Conselho Deliberativo da entidade, sob o acompanhamento de uma comissão específica*.

5. ~~Texto adaptado de GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito*. *Jornal O Estado do Paraná – Caderno Direito e Justiça*. Curitiba, 27.06.04, citado no artigo~~



“Art. 132 da Constituição Federal – Interpretação e Alcance no Âmbito da Administração Pública – Análise Jurisprudencial”. ZANDONAI, Marisa. *As Perspectivas da Advocacia Pública e a Nova Ordem Econômica*. Organizadores: Zênio Ventura, Paulo Roney Ávila Fagundes – Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

6. PEREIRA, Hélio do Vale. *Manual da Fazenda Pública em Juízo*. Rio de Janeiro. Renovar, 2003, p.82.

7 AVELAR, Matheus Rocha. *Os Advogados Públicos e a Ordem dos Advogados do Brasil: sai manifesta dissociabilidade*. Jus Navegandi, Teresina, 1520, 30 ago. 2007. Disponível em:

Date Created

01/09/2009