

EXECUTIVO FISCAL E PROMOTOR DE JUSTIÇA *

LUIZ HENRIQUE MANOEL DA COSTA
Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. O Promotor como substituto processual na propositura da execução fiscal; 2. O Promotor de Justiça como *custos legis* na execução fiscal; 3. Conclusões.

1 O PROMOTOR COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL NA PROPOSITURA DA EXECUÇÃO FISCAL

A legitimidade atribuída aos Promotores de Justiça das Comarcas do interior para atuar como substitutos processuais da União Federal, em cobrança de sua dívida ativa, está prevista na Lei Orgânica do Ministério Público da União, Lei n. 1.341, de 30 de janeiro de 1951, cujo artigo 43, assim dispõe:

“A cobrança da dívida ativa da União continuará a cargo dos procuradores da República nas Capitais dos Estados e no Distrito Federal; quando houver de ser proposta noutro foro, será confiada aos promotores de justiça ou seus substitutos em exercício.”

Por conseguinte, a legitimidade do Promotor de Justiça para propor a ação de execução fiscal restringe-se às Comarcas do interior, o que se dará, via de regra, em virtude do domicílio do executado (CPC art. 578) e desde que não seja ela (Comarca) sede de Vara da Justiça Federal (TFR, Súmula n. 40). Tal atribuição vem, outrossim, consignada no atual Código de Processo Civil, art. 1.212, *verbis*:

* Aprovada por maioria, com emenda.

"Art. 1.212 — A cobrança da dívida ativa da União incumbe aos seus procuradores e, quando a ação for proposta em foro diferente do Distrito Federal ou das Capitais dos Estados ou Territórios, também aos membros do Ministério Público Estadual e dos Territórios, dentro dos limites territoriais fixados pela organização judiciária local."

Conforme lembrado por Leon Frejda Szklarowsky, o mencionado art. 43 da Lei Orgânica do Ministério Público da União foi editado em "consonância com o texto constitucional de 1946, que era expresso neste sentido, pois o parágrafo único do art. 126 sentenciava que 'a União será representada em juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local o que quer dizer que o texto da Lei Maior atribua a representação da União aos Procuradores da República, sem restrições, ao passo que a Lei 1.341 confiava aos Promotores de Justiça tal mister se noutro foro, que não as Capitais do Estado ou Distrito Federal, houver de propor-se a ação'" (Cobrança da dívida ativa da União nas comarcas do interior, *RP* n. 19, 1980, p. 189-197). Adverte, ainda, o mencionado autor que o deslocamento da competência para o ajuizamento da ação no interior guardava conformidade com o art. 3º do Decreto-Lei n. 960, situação que não sofreu modificação com a Constituição de 1967 (art. 138, § 2º, 119, § 3º), apenas a representação da União deixou de ser obrigatória, passando a facultativa no tocante aos Promotores de Justiça. Tal representação, nos termos da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, deveria ser regulamentada nos termos da lei; o que com efeito se fez no Código de Processo Civil, conforme artigo acima transcrito (art. 1.212).

A representação da União pelos Promotores de Justiça, em casos tais, desde o início suscitou questões as mais variadas, com relevância especial para o cabimento ou não da cobrança e recebimento de honorários. Assim, a Associação Mineira do Ministério Público viria a formular consulta ao advogado Edgar Moreira da Silva, quando este, analisando a legislação da época, notadamente o art. 196 da EC n. 1/69 e o Decreto-Lei n. 1.025/69, concluiu "que os Promotores de Justiça das Comarcas do interior do Estado têm irrecusável direito de receber, como seus legítimos donos, nas execuções fiscais que propuserem em favor da União, se vitoriosos, a percentagem de 20% prefixada no Decreto-lei n. 1.025, de 1969, a teor de verba honorária autônoma..." (Promotores públicos e cobrança de dívida ativa da União, *RDP* n. 32, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 52-56). Tempos depois, o Procurador de Justiça em Minas Gerais, Dr. Hélio H. Castello Branco, apresentava trabalho no VI Encontro Regional do Ministério Público (realizado no período de 27 a 29 de junho de 1980, em Juiz de Fora), ainda sobre o tema dos honorários, já agora parcialmente modificada a legislação aplicável, invocando a inconstitucionalidade do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.645, "na parte em que dispõe que a aplicação do encargo nele mencionado (que é cobrado do executado e recolhido ao tesouro nacional) substitui a condenação do devedor em honorários de advogado", ... "porque dispõe acerca de matéria que, prevista no art. 8º, XVII, letra b, não pode ser disciplinada por Decreto-lei, mas mediante ato de competência do Congresso Nacional", com o que estariam ofendidos os arts. 43 e 55 da Constituição então vigente. Em síntese, buscava o ilustre Procurador uma solução jurídica que garantisse aos Promotores de Justiça a percepção de honorários nas

ações de execução fiscal por estas propostas (Verba honorária na cobrança judicial da dívida ativa da União, *RBDP*, v. 25, p. 33-37, 1981).

A questão, contudo, não obteve ressonância nos Tribunais Superiores, a exemplo de decisões contrárias do extinto TRF, dentre outras, no MS n. 83.629 — SP., relator o Min. Washington Bolívar de Brito do Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica do RE n. 84.702 — MG., decisão assim ementada:

"Cobrança de dívida ativa. Honorários de advogado pretendidos por promotor público que, como representante da Fazenda Pública estadual, moveu executivo fiscal."

Aplicação à hipótese de vedação contida no artigo 196 da Emenda Constitucional n. 1/69, na redação anterior à dada pela Emenda Constitucional n. 7/77" (Rel.: Min. Moreira Alves, RTJ 92, p. 715).

A matéria, ao que tudo indica, viria a perder relevância com a edição da Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, que vedou expressamente aos membros do Ministério Público o exercício da advocacia (art. 24, inciso II).

A mesma LC/40, nada dispôs quanto à legitimidade do Ministério Público estadual para propor o executivo fiscal nas Comarcas do interior, restando, portanto, íntegras as normas legais pertinentes à matéria, certo que em Minas Gerais a Lei Orgânica do Ministério Público Estadual, ao vedar a advocacia aos membros do *Parquet*, ressaltou expressamente os "casos de desempenho de representação judicial de entidade de direito público ou de assistência, bem como de patrocínio oficial por encargo de lei ou delegação" (art. 71, parágrafo único, n. 2, da Lei n. 8.222/82).

Com a Constituição Federal de 1988, a matéria veio a receber tratamento especialmente diverso, posto que, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, o art. 129, inciso IX, estabeleceu, *verbis*:

"Art. 129 — São funções institucionais do Ministério Público:

IX — exercer outras funções que lhe forem conferidas desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas."

Por outro lado, ao dispor sobre a Advocacia-Geral da União, no artigo 131, § 3º, a CF/88, fixou que:

"§ 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."

Art. 1.212 A cobrança da dívida ativa da União incumbe aos seus procuradores e, quando a ação for proposta em foro diferente do Distrito Federal ou das Capitais dos Estados ou Territórios, também aos membros do Ministério Público Estadual e dos Territórios, dentro dos limites territoriais fixados pela organização judiciária local."

Conforme lembrado por Leon Frejda Szklarowsky, o mencionado art. 43 da Lei Orgânica do Ministério Público da União foi editado em "consonância com o texto constitucional de 1946, que era expresso neste sentido, pois o parágrafo único do art. 126 mencionava que 'a União será representada em juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local o que quer dizer que o texto da Lei Maior atribua a representação da União aos Procuradores da República, sem restrições, ao passo que a Lei 1.341 confiava aos Promotores de Justiça tal mister se noutro foro, que não as Capitais do Estado ou Distrito Federal, houver de propor-se a ação'" (Cobrança da dívida ativa da União nas comarcas do interior, *RP* n. 19, 1980, p. 189-197). Adverte, ainda, o mencionado autor que o deslocamento da competência para o ajuizamento da ação no interior guardava conformidade com o art. 3º do Decreto-Lei n. 960, situação que não sofreu modificação com a Constituição de 1967 (art. 138, § 2º, 119, § 3º), apenas a representação da União deixou de ser obrigatória, passando a facultativa no tocante aos Promotores de Justiça. Tal representação, nos termos da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, deveria ser regulamentada nos termos da lei; o que com efeito se fez no Código de Processo Civil, conforme artigo acima transcrito (art. 1.212).

A representação da União pelos Promotores de Justiça, em casos tais, desde o início suscitou questões as mais variadas, com relevância especial para o cabimento ou não da cobrança e recebimento de honorários. Assim, a Associação Mineira do Ministério Público viria a formular consulta ao advogado Edgar Moreira da Silva, quando este, analisando a legislação da época, notadamente o art. 196 da EC n. 1/69 e o Decreto-Lei n. 1.025/69, concluiu: "que os Promotores de Justiça das Comarcas do interior do Estado têm irrecusável direito de receber, como seus legítimos donos, nas execuções fiscais que propuserem em favor da União, se vitoriosos, a percentagem de 20% prefixada no Decreto-lei n. 1.025, de 1969, a teor de verba honorária autônoma..." (Promotores públicos e cobrança de dívida ativa da União, *RDP* n. 32, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 52-56). Tempos depois, o Procurador de Justiça em Minas Gerais, Dr. Hélio H. Castello Branco, apresentava trabalho no VI Encontro Regional do Ministério Público (realizado no período de 27 a 29 de junho de 1980, em Juiz de Fora), ainda sobre o tema dos honorários, já agora parcialmente modificada a legislação aplicável, invocando a inconstitucionalidade do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.645, "na parte em que dispõe que a aplicação do encargo nele mencionado (que é cobrado do executado e recolhido ao tesouro nacional) substitua a condenação do devedor em honorários de advogado", ... "porque dispõe acerca de matéria que, prevista no art. 8º, XVII, letra b, não pode ser disciplinada por Decreto-lei, mas mediante ato de competência do Congresso Nacional", com o que estariam ofendidos os arts. 43 e 55 da Constituição então vigente. Em síntese, buscava o ilustre Procurador uma solução jurídica que garantisse aos Promotores de Justiça a percepção de honorários nas

ações de execução fiscal por estas propostas (Verba honorária na cobrança judicial da dívida ativa da União, *RBDP*, v. 25, p. 33-37, 1981).

A questão, contudo, não obteve ressonância nos Tribunais Superiores, a exemplo de decisões contrárias do extinto TRF, dentre outras, no MS n. 83.629 — SP., relator o Min. Washington Bolívar de Brito do Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica do RE n. 84.702 — MG., decisão assim ementada:

"Cobrança de dívida ativa. Honorários de advogado pretendidos por promotor público que, como representante da Fazenda Pública estadual moveu executivo fiscal.

Aplicação à hipótese de vedação contida no artigo 196 da Emenda Constitucional n. 1/69, na redação anterior à dada pela Emenda Constitucional n. 7/77" (Rel.: Min. Moreira Alves, RTJ 92, p. 715).

A matéria, ao que tudo indica, viria a perder relevância com a edição da Lei complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, que vedou expressamente aos membros do Ministério Público o exercício da advocacia (art. 24, inciso II).

A mesma LC/40, nada dispôs quanto à legitimidade do Ministério Público estadual para propor o executivo fiscal nas Comarcas do interior, restando, portanto, íntegras as normas legais pertinentes à matéria, certo que em Minas Gerais a Lei Orgânica do Ministério Público Estadual, ao vedar a advocacia aos membros do *Parquet*, ressaltou expressamente os "casos de desempenho de representação judicial de entidade de direito público ou de assistência, bem como de patrocínio oficial por encargo de lei ou delegação" (art. 71, parágrafo único, n. 2, da Lei n. 8.222/82).

Com a Constituição Federal de 1988, a matéria veio a receber tratamento essencialmente diverso, posto que, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, o art. 129, inciso IX, estabeleceu, *verbis*:

"Art. 129 — São funções institucionais do Ministério Público:

IX — exercer outras funções que lhe forem conferidas desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas."

Por outro lado, ao dispor sobre a Advocacia-Geral da União, no artigo 131, § 3º, a Constituição fixou que:

"§ 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."

Finalmente, vale ressaltar que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao se referir às leis complementares relativas ao Ministério Público, facultou, no artigo 29, § 5º, à atual Procuradoria Geral da Fazenda Nacional delegar a representação judicial da União nas causas de natureza fiscal, até promulgação das leis complementares previstas no *caput* do artigo.

Releva ainda notar que a presente exposição não fez menção ao executivo fiscal estadual, no pertinente à legitimidade para propositura da ação, já que no Estado de Minas Gerais vige a Lei n. 5.047/68, que criou a Procuradoria Fiscal de Minas Gerais, e que determina caber à dita Procuradoria a representação da Fazenda Pública nas causas que envolvem direito e interesse tributário.

2 O PROMOTOR DE JUSTIÇA COMO CUSTOS LEGIS NA EXECUÇÃO FISCAL

Em face de a Lei n. 6.830/80 não conter disposição específica - com exceção do seu artigo 41 a atuação do representante do Ministério Público como fiscal da lei nas execuções fiscais passa necessariamente pela interpretação do artigo 82, inciso III, do CPC, cabendo ao *Parquet* tal atribuição.

Estabelece o art. 82, inciso III, do CPC, verbis:

"Art. 82 — Compete ao Ministério Público intervir:

.....
III — em todas as demais causas em que há interesse Público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte."

Quanto ao tema, a jurisprudência pátria se divide, ora entendendo pela obrigatoriedade da intervenção, ora pela desnecessidade, ou, ainda, pela intervenção facultativa do órgão ministerial, quando, entretanto, não haveria nulidade ante a ausência do *Parquet*. Em todos os casos, porém, a necessidade da presença do Ministério Público estaria condicionada ao arbítrio judicial, cabendo ao juiz decidir pela sua intimação ou não, para participar do feito.

Pela obrigatoriedade da intervenção ministerial, cominando de nulidade absoluta e insanável, o processo de execução fiscal, ante a ausência do Ministério Público, posicionou-se o TAPR, na AC. n. 580/74 (RT 476/227). No mesmo compasso, o TJSC, na AP. n. 10.772 (RF 254/319). Neste acórdão, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina considerou obrigatória a presença do Ministério Público "em todas as causas de que participem a União, os Estados, os Municípios, ...pois nelas está sempre em jogo o interesse público." Ao seu turno, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, posicionando-se pela obrigatoriedade da intervenção Ministerial, proferiu interessante decisão, cuja ementa vale transcrever:

"Execução fiscal — Intervenção do Ministério Público.

Quando requerida por Promotor Público, na condição de substituto processual, impõe-se a intervenção no processo, de outro Promotor Público, na condição de custos legis, sob pena de nulidade insanável" (RN n. 25.227, rel.: Des. Hermann Roenick, RF 256/322).

Pela desnecessidade da presença ministerial, colhe-se as posições do TJRJ, RF 276/150 e RT 567/183; 1ª TACivSP, JTACivSP 37/180 e RT 482/143; TJSP, RJTJESP 113/237; TRF, RTFR 96/60 e 143/97, bem como na AC 67.436 — AL, DJU de 19/3/81 e do STF, RTJ 94/899, 93/226, 94/394 e RP 25/324. Em todas as referidas decisões os Tribunais entenderam, *mutatis mutandis*, que a simples presença de pessoa de direito público como parte na lide não constitui motivo suficiente à intervenção ministerial, certo que dispõem tais entidades de corpo próprio de procuradores, estando as sentenças proferidas em causas de que participem sujeitas ao duplo grau de jurisdição, via de recurso necessário, não se devendo confundir interesse público com interesse patrimonial da Fazenda Pública.

Já o Tribunal de Minas Gerais, em extenso acórdão proferido em incidente de Uniformização de Jurisprudência decidiu sob a ementa seguinte:

"Execução Fiscal. Intimação do Ministério Público. Obrigatoriedade.

É indispensável a intimação do Ministério Público nas execuções fiscais, sob pena de nulidade, nos termos dos arts. 84 e 246 do CPC, dado o evidente interesse público existente em tais ações, reconhecido pelo Judiciário, órgão competente para sobre ele decidir quanto omissa a lei." (Câmaras Cíveis Reunidas, UJ n. 32/65.160, rel.: Des. Valle da Fonseca j. 20/8/86, RT 620/178).

Vale transcrever o elucidativo trecho do voto-vista proferido pelo Desembargador Walter Veado:

"Mas não me parece, data venia, meramente patrimonial ou fazendário o processo em que se cobre ou se procure anular débito fiscal. Não é mero nem simples, destituído de repercussão social o interesse na arrecadação de tributos, porque é com os recursos por eles proporcionados que o Estado cumpre as suas finalidades, como agente executor dos ideais maiores da sociedade. A realização do bem comum, para a qual se criou o Estado, depende, em grande parte, da existência de recursos financeiros provenientes da atividade tributária."

A propósito, embora reconhecendo o evidente interesse público na "arrecadação de tributos", conforme sufragado pela eg. Corte mineira, entendo que a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais não se justifica exclusivamente por tal assertiva, sob pena de se reduzir a presença do Promotor de Justiça nos autos à posição de mero assistente *ad adjuvandum tantum* da procuradoria fiscal. Peço *venia* para afirmar que o

interesse público justificador da intervenção ministerial não decorre da arrecadação de tributos, estrito senso, mas do *controle da legalidade do procedimento de inscrição da dívida ativa* da pessoa jurídica de direito público; certo que nos termos da Constituição Federal de 1988, como de resto já constava expressamente da Lei Complementar n. 40, ao Ministério Público incumbe, preponderantemente a "defesa do ordem jurídica".

Com a profundidade filosófica que sempre lhe foi peculiar, quanto ao tema enfocado, advertia o saudoso Ronaldo Cunha Campos:

"A Fazenda cria a oportunidade de impugnar sua pretensão com vista à formação de título unilateral.

O consenso (concordância do obrigado), característica do título extrajudicial, ver-se-ia neste terreno substituído pelo mecanismo acima apontado.

A presunção de certeza (que substitui o consenso) implica a abertura da oportunidade de impugnar a pretensão fiscal. Esta oportunidade é peça essencial ao mecanismo de substituição do consenso. A presunção assim criada proviria, portanto, de: a) inoccorrência de impugnação. Desta ausência se pressumira a aceitação da exigência fiscal pelo devedor; b) rejeição das razões da resistência à pretensão, ou seja, da impugnação em procedimento sujeito a regras próprias.

Pressumir-se-ia o caráter infundado desta resistência precisamente porque se submeteu esta a um reexame, isto em procedimento, quando se teria assegurado ao impugnante oportunidade de provar os fundamentos de sua resistência, de sua impugnação.

A presunção de certeza e liquidez em matéria tributária repousaria assim em sistemática onde a obrigatória oferta da oportunidade de impugnar a pretensão fiscal (CTN, art. 145, I) assume o papel de viga mestra.

A apuração de certeza e liquidez de crédito de natureza não tributária, expressamente mencionada no § 1º da Lei 4.320/64, não poderá se afastar do mecanismo acima delineado.

O que se disse do procedimento tributário administrativo aplica-se a outros procedimentos destinados a apurar a certeza e liquidez de crédito público de natureza não tributária" (Ação de execução fiscal, Rio de Janeiro: Aide, 1989, p.65-66).

Por conseguinte, a certeza e liquidez do crédito da Fazenda Pública dependem, necessariamente, do cumprimento de etapa administrativa para o seu adequado acerto, quando, nos termos do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, deverá ser

assegurado ao "contribuinte" ou devedor da Fazenda "o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Por outro lado, a obrigação da Fazenda Pública em proceder ao prévio acerto de seu crédito deflui menos das disposições legais específicas do que do preceito constitucional insculpido no art. 37, da Constituição Federal, que prevê o *princípio da legalidade* como informador de toda a atividade da Administração Pública. Destarte, cumpre aos Procuradores da Fazenda Pública, como destinatários primeiros da obediência ao princípio da legalidade, prover a regularidade formal e material do processo de inscrição da dívida. Neste ponto, vale transcrever a atenta lição de Geraldo Ataliba e Cleber Giardino:

"Diante de, por exemplo, processo fiscal irregularmente desenvolvido, que seja encaminhado ao órgão jurídico, surge o dever de não inscrição do pretensão crédito. Cabe recusar a inscrição da dívida pelo menos até que sejam sanadas, quando possível, as irregularidades que comprometem o procedimento referido.

No exercício do controle administrativo da legalidade, cabe ao órgão levantá-las e, denunciando-as, devolver o processo à Receita para os fins assinalados. Isto só dignifica a nobre função da Procuradoria da Fazenda, zelando para que não se ponha por terra a bela e elaborada teoria construída com objetiva base na legislação. De nada valerá todas as pregações se, nos casos mais flagrantes, em que tais princípios deveriam ser aplicados, pudessem ser negligenciadas.

De tudo o que foi considerado, resulta evidente que os órgãos jurídicos encarregados da inscrição da dívida não desenvolvem mera tarefa burocrática ou mecânica, mas sim relevantes funções técnico-jurídicas. O controle de legalidade que lhes cabe tem em vista proteger o interesse público primário e ainda resguardar os interesses da Fazenda e assegurar o respeito aos direitos dos administrados. Daí o cunho de dever jurídico da recusa da inscrição de dívida quando o procedimento que a gerou contém vício substancial ou formal (Inscrição de dívida ativa - Função privativa dos advogados públicos, RBDP n. 66, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 34 e seguintes).

Ainda quanto ao tema do "controle administrativo da legalidade" na inscrição da dívida ativa, vale consultar os comentários de Leon Frejda Szklarowsky (RP 23/149 e 34/299).

Dessarte, enquanto o controle administrativo da legalidade antecede a propositura da ação, o controle judicial é feito após o ajuizamento do executivo fiscal, em sede dos embargos ou, ainda, quando a discussão judicial da dívida se der em mandado de segurança, ação de repetição do indébito, anulatória do ato declarativo da dívida (art. 38 da Lei n. 6.830/80) ou, ainda, declaratória da inexistência de débito. Em todos esses casos, cumprirá ao Ministério Público intervir como *custos legis* na fiscalização do atendimento

ao *princípio da legalidade*, inserido no contexto maior de sua atribuição institucional de defensor da "ordem jurídica". Daí por que, e não por outro motivo, o artigo 41 da Lei n. 6.830/80 defere ao Ministério Público a prerrogativa de requisitar cópias do "processo administrativo correspondente" à inscrição de dívida ativa, à execução fiscal ou à ação proposta contra a Fazenda Pública".

3 CONCLUSÕES

1. É incompatível com as funções institucionais do Ministério Público a representação judicial da Fazenda Nacional, ou de qualquer outra entidade pública.

2. A atuação da delegação prevista no artigo 29, § 5º, do ADCT da CF/88, depende de expressa concordância do órgão competente do Ministério Público estadual.

3. Na execução fiscal requerida por Promotor Público, impõe-se a intervenção, no processo, de outro Promotor de Justiça na condição de *custos legis*.