

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

Antonio Carlos G. Gonçalves

Marcelo Salles Annunziata

1. INTRODUÇÃO

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

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

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

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

2. PRIVILÉGIOS DA FAZENDA PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. AS ALTERAÇÕES NOS PRAZOS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. AS ALTERAÇÕES NO REEXAME NECESSÁRIO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. NOVA SISTEMÁTICA NOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

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

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

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

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

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

6. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

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

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

9 O art. 85, § 5º, do NCPC prescreve, adicionalmente que “quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente”.

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

7. INTIMAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA EXECUÇÃO FISCAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

12. CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

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

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

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

