

Data do recebimento: 15/08/2018

Data do aceite: 18/09/2018

.....

# RAZÕES PELAS QUAIS A INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA TRIBUTÁRIA DEVE SER FEITA PELA PROCURADORIA E NÃO PELA SECRETARIA DA FAZENDA

.....

REASONS FOR WHICH THE REGISTRATION IN ACTIVE TAX  
DEBT SHOULD BE MADE BY THE ATTORNEY GENERAL AND  
NOT BY THE TREASURY DEPARTMENT

Rafael Schreiber<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Desenvolvimento; 1.1. Da existência de norma geral; 1.2 Do princípio da simetria; 1.3. Do exame ontológico e teleológico da inscrição em dívida ativa; 1.3.1. Do controle: juridicidade, imparcialidade e segurança jurídica; 1.3.2. Natureza da Advocacia Pública; 1.3.3. Competência privativa da Advocacia Pública para o exame de juridicidade dentro da esfera administrativa do respectivo ente político; 1.3.4. Do princípio da eficiência e da competência privativa de advocacia o controle preventivo de atos; 1.4. Da aplicabilidade do princípio da simetria ao presente caso em análise; 2. Conclusão; Referências.

---

1 - Procurador do Município de Joinville (SC), Especialista em Direito Público pela pós-graduação da LFG, Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela FGV e graduado em Direito na Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB. Presidente da APROJOI. Advogado.

**RESUMO:** Existem inúmeros municípios em que a inscrição em dívida ativa tributária é atribuída à Secretaria da Fazenda e não à Procuradoria do Município. O presente artigo aborda a inconstitucionalidade e a ilegalidade dessa conduta, demonstrando os aspectos negativos dessa sistemática e os motivos pelos quais a competência para a inscrição em dívida ativa é privativa do órgão jurídico do ente federativo. Trata-se de atribuição ontológica e finalística do órgão, principalmente à luz do princípio da simetria, uma vez que o controle de legalidade (entendido como controle de juridicidade) requer: (i) capacidade técnica, (ii) profissionalização, (iii) imparcialidade; (iv) legitimidade; (v) boa-fé objetiva; e (vi) eficiência (qualitativa e de economia processual), atributos esses exclusivos da Advocacia Pública.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inscrição em Dívida Ativa. Simetria. Competência Privativa. Procuradoria do Município.

**ABSTRACT:** There are countless municipalities in which the registration in active tax debt is attributed to the Treasury Department and not to the Municipal Attorney's Office. This article discusses the unconstitutionality and illegality of this conduct, demonstrating the negative aspects of this system and the reasons why the competence to register in active debt is exclusive to the legal body of the federative body. This is an ontological and finalistic attribution of the body, mainly in light of the principle of symmetry, since the control of legality (understood as control of juridicity) requires (i) technical capacity, (ii) professionalization, (iii) impartiality; (iv) legitimacy; (v) objective good faith and (vi) efficiency (qualitative and procedural economy), which are exclusive attributes of Public Advocacy.

**KEYWORDS:** Registration in Active Debt. Symmetry. Private Jurisdiction. Attorney of the Municipality.



## INTRODUÇÃO

É muito comum na esfera municipal e até mesmo na esfera estadual o respectivo ente federativo atribuir à Secretaria da Fazenda a competência para a inscrição em dívida ativa tributária.

Este estudo tem como objetivo verificar se essa opção política e jurídica é legítima, acertada, legal, correta, desejável ou não.

Tal fato tem causado inquietação pessoal do pesquisador, principalmente pelos impactos negativos que isso causa na prática, razão da presente pesquisa.

Para o desenvolvimento e o alcance dos fins propostos à presente pesquisa científica utilizou-se o método dedutivo e da técnica consistente na pesquisa bibliográfica constante de livros, de artigos, de jurisprudência e de *sites* da internet, enfim, produções jurídicas e literárias cujo conteúdo verse sobre a matéria investigada nesta pesquisa.

A estrutura do manuscrito está dividida em quatro capítulos, baseados no exame (i) da norma geral; (ii) do princípio da simetria; (iii) ontológico e teleológico da inscrição em dívida ativa; compreendendo o exame (a) do controle de juridicidade, imparcialidade e segurança jurídica; (b) da natureza da Advocacia Pública; (c) da competência privativa da Advocacia Pública para o exame de juridicidade dentro da esfera administrativa do respectivo ente político; (d) do princípio da eficiência e da competência privativa de advocacia o controle preventivo de atos; e (iv) da forma como o princípio da simetria é aplicado à hipótese analisada.

### 1. DESENVOLVIMENTO

O argumento para aqueles que defendem a legalidade dessa atribuição quanto à inscrição em dívida ativa tributária ser atribuída à Secretaria da Fazenda consiste na competência concorrente para legislar sobre direito tributário, nos termos do art. 24, inciso I, da Constituição Federal (CF), de modo que competiria à cada ente político determinar, à sua livre escolha, a autoridade responsável pela inscrição em dívida<sup>2</sup>.

Contudo, existem inúmeros outros motivos e argumentos a conduzir a interpretação para o caminho oposto, no sentido de ser a Procuradoria, enquanto órgão jurídico, o único competente para a realização da inscrição em dívida ativa tributária.

---

<sup>2</sup> - Nesse sentido decidiu o TJSC, em 2009, acerca da legislação do estado atribuindo a competência da Secretaria da Fazenda para inscrição em dívida ativa: “Cabe à legislação dos Estados e Municípios determinar a autoridade a quem compete tal função, em observância à competência concorrente para legislar sobre direito tributário prevista no art. 24, I, da CF”. (Apelação Cível: 2009.060133-5). Ou ainda: “No Regimento Interno da Secretaria do Estado da Fazenda (Decreto 1.1668/96, art. 22, *caput* e parágrafo único) está expresso que a competência para fazer a inscrição do crédito tributário em dívida ativa é do Gerente de Arrecadação e Crédito Tributário, sendo válida a CDA por ele assinada” (Apelação Cível: 2000.011756-0).

## 1.1. DA EXISTÊNCIA DE NORMA GERAL

O primeiro deles está amparado e calcado no próprio art. 24 da CF citado pela corrente contrária, contudo, agora, com esboço em seus §§ 1º e 3º, que estabelecem que no âmbito da legislação concorrente a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais e, inexistindo esta, os Estados exercerão a competência legislativa plena.

No caso da cobrança da dívida ativa tributária (que se inicia com a inscrição da dívida ativa, ou seja, após a constituição definitiva do crédito) existe norma geral, que é a Lei nº. 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal - LEF), dispondo sobre a “cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública<sup>3</sup> e dá outras providências”.

A Lei de Execução Fiscal trata da *Fazenda Pública*, sendo a norma geral que rege a cobrança da dívida ativa, tributária ou não, fato esse, inclusive, confirmado em seu art. 1º.

Bem verdade que para os assuntos tributários deve ser aplicado primeiro e com preferência o Código Tributário Nacional (CTN), que possui *status* de lei complementar, por força do que determina o art. 146, III, da CF. A dívida ativa vem tratada no Capítulo II, do Título IV (Administração Tributária), do CTN, cujo art. 201 estabelece, apenas, que a dívida ativa tributária deve ser regularmente inscrita na repartição administrativa competente, mas sem eleger qual seria essa repartição.

No entanto, a LEF também é norma geral e deve ser aplicada subsidiariamente nas omissões do CTN, assim como o Código de Processo Civil (CPC) também é aplicado subsidiariamente nas omissões dos dois primeiros (art. 1º).

A LEF, assim como fez o CTN, também é genérica ao estabelecer que a inscrição será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito, contudo, acrescentou que esse ato de inscrição *se constitui no ato de controle administrativo de legalidade* (art. 2º, § 3º), cuja análise jurídica dessa essência (ontologia) será detidamente realizada em capítulo próprio.

Quanto à Fazenda Nacional, em norma específica, a LEF estabeleceu que a dívida ativa da União *será apurada e inscrita na Procuradoria da Fazenda Nacional* (art. 2º, § 4º).

Pela leitura desses dois dispositivos contidos no art. 2º é que exsurtem os argumentos a favor da competência do órgão jurídico para proceder à inscrição em dívida ativa tributária, hábeis a conduzir modificação e reanálise dos argumentos das decisões que defendem a possibilidade de eleição discricionária do órgão administrativo competente para tal fim.

Para melhor elucidação desses argumentos, o presente estudo cuidará do exame do princípio da simetria e do exame ontológico da inscrição em dívida ativa, a fim de demonstrar a sua essência, uma vez que esse é pressuposto complementar à análise do princípio da simetria.

3 - Nesse particular cabe consignar que o termo *Fazenda Pública* não tem o mesmo significado e abrangência de *Fazenda Nacional*. O primeiro é mais amplo e é sinônimo de Erário, Fisco ou Tesouro Público, ou seja, abrange todos os entes políticos (União, Estados, DF e Municípios, inclusive suas autarquias e fundações públicas). Já o segundo refere-se exclusivamente aos bens patrimoniais, públicos e privados, da administração pública federal centralizada (SILVA, 2001, p. 38 e 40).

## 1.2. DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA

O princípio da simetria pode ser extraído da conjuntura dos arts. 18; 25, caput, da CF e art. 11, caput, do ADCT, que dizem que a organização político-administrativa da União, dos Estados, dos Municípios e do DF deve se dar com a observância dos princípios constitucionais, limitando a autonomia plena desses entes em determinados casos.

Ao se analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da autonomia dos estados-membros e dos poderes que em nome dessa autonomia tais entes estariam autorizados a exercer, é notável a quantidade de julgados em que se fez uso do postulado constitucional que a própria Corte convencionou denominar “princípio da simetria”.

Nessa linha, uma parcela da doutrina constitucional<sup>4</sup> associa-o à ideia de que os estados-membros, quando no exercício de suas competências autônomas, devem adotar tanto quanto possível os modelos normativos constitucionalmente estabelecidos para a União, ainda que esses modelos em princípio não lhes digam respeito por não lhes terem sido direta e expressamente endereçados pelo poder constituinte federal.<sup>5</sup>

Isso quer dizer que não apenas os entes políticos deveriam assim se conduzir na sua prática institucional cotidiana, como também suas normas de organização deveriam assim se amoldar, sob pena de inconstitucionalidade.

Mas como saber tecnicamente quando deveria ser aplicado o princípio da simetria a determinada situação ou não? LEONCY (2012), atento à forma de decidir do STF em casos que aplicou o referido princípio, assina ser necessário estabelecer um modelo ou padrão decisório, baseado em uma forma de argumentação por analogia, que seja composto pela seguinte estrutura: (i) identificação de uma questão federativa sem solução constitucional evidente; (ii) identificação de um parâmetro constitucional aplicável a uma hipótese semelhante; (iii) reconhecimento da identidade de razão entre a situação não regulada e a hipótese regulada; (iv) identificação de um princípio constitucional comum às duas situações; (v) reconhecimento da inexistência de uma “vontade” constitucional contrária; (vi) construção da máxima de decisão para o caso<sup>6</sup>.

Cumprir examinar se esses requisitos estão ou não presentes na hipótese tratada neste trabalho, referente à inscrição em dívida ativa tributária ser da competência privativa da advocacia pública ou não, como se dá no âmbito federal.

4 - LEONCY, Léo Ferreira. Uma proposta de releitura do “princípio da simetria”. In: *Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-24/observatorio-constitucional-releitura-principio-simetria>>. Acesso em jul. 2017.

5 - Citam-se alguns exemplos: (a) em caso de ausência do governador do território do respectivo estado-membro por mais de 15 dias sem licença da Assembleia Legislativa, ou (b) na hipótese de emenda parlamentar contendo aumento de despesa em projeto de lei de iniciativa reservada do governador, ou ainda (c) na circunstância da instalação de comissão parlamentar de inquérito estadual para apuração de fato determinado, os estados-membros, por força do princípio da simetria e diante da ausência de regramento constitucional federal específico voltado a esses entes no que diz respeito a tais questões, deveriam conduzir-se nos mesmos moldes em que o constituinte federal dispusera para a União em situações consideradas semelhantes.

6 - As etapas de construção do argumento analógico e a sua respectiva sequência, tal como apresentadas no texto, são resultados da pesquisa de Leony (2012), que foi resultado da conjugação dos pontos de vista de diferentes autores, entre os quais Manuel Salguero (*Argumentación jurídica por analogía*, Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 84), María José Falcón y Tella (*El argumento analógico en nel derecho*, Madrid: Civitas, 1991) e Riccardo Guastini (*Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano: Giuffrè, 1993. p. 429-30). No entanto, o modo como esses elementos foram dispostos aqui não coincide necessariamente *in totum* com a forma como apareceram na obra desses autores.

Ao presente caso há uma solução constitucional (conforme se verificará nas conclusões deste estudo), embora não seja, em uma primeira análise, evidente<sup>7</sup>.

A CF expressamente no art. 131, § 3º, aponta à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) a representação da União na execução da dívida ativa de natureza tributária e no art. 132 confere aos Procuradores do Estado e do DF a representação judicial (genérica) das respectivas unidades federadas.

O que fica claro e identificável da leitura dos dispositivos constitucionais citados, contudo, é competir a um órgão jurídico a representação judicial dos entes federativos, aí se incluindo a execução da dívida ativa tributária.

Quanto ao ato específico da inscrição em dívida tributária, a LEF prescreve competir à PGFN (e não à Receita Federal do Brasil) essa inscrição.

Ocorre que esse parâmetro também deveria ocorrer e se repetir no âmbito estadual, distrital e municipal, por existir identidade de razão entre a situação não regulada pela norma geral e a hipótese regulada.

A razão contida na norma sinaliza que compete ao órgão jurídico proceder à execução de todas as etapas da cobrança da dívida ativa (arts. 131, § 3º; 132, da CF e art. 2º, §§ 3º e 4º, da LEF). E essa etapa compreende tanto a execução da dívida ativa propriamente dita (execução fiscal) quanto a verificação e o exame da legalidade do ato e sua consequente/possível inscrição (etapa posterior à constituição definitiva do crédito tributário e que inaugura o procedimento de cobrança).

Nota-se que não há nem na CF e nem na lei geral (CTN e LEF) qualquer menção a órgão fazendário ou qualquer outro para esse mister.

Mas qual o motivo desse ato inaugural ser de competência exclusiva do órgão jurídico do ente?

A resposta mais simplista que poderia ser dada nesse momento seria a de que se existe um órgão jurídico exclusivo para execução de dívida ativa na União, também deveria existir nos demais entes federativos.

Mas esse motivo (de que na União se dá dessa forma e por esse simples motivo deveria se repetir aos demais entes), por si só, revela-se insuficiente, merecendo necessário aprofundamento, principalmente para se demonstrar as razões técnicas e ontológicas pelas quais a União assim procedeu.

Para se dar a resposta técnico-jurídica merecida ao questionamento lançado, prudente a realização de um corte metodológico no presente estudo. Será fundamental, então, que primeiro se adentre ao exame ontológico da inscrição em dívida ativa, ou seja, que se investigue a sua

7 - *Evidente* aqui compreendido como sendo de pronta visualização, a exemplo da interpretação gramatical em que apenas se verifica o texto legal. Não há, assim, disposição expressa no sentido de que a inscrição em dívida seja de competência da Procuradoria do Estado, do DF ou do Município. Essa evidência gramatical existe apenas à União. Isso não quer dizer que lançando mão da interpretação sistemática e teleológica não se possa estender essa evidência a todos os entes federativos, conforme cuida o presente trabalho.

essência, a sua finalidade e seus objetivos, para depois continuar o exame dos requisitos quanto à aplicabilidade do princípio da simetria proposto por LEONCY (2012). Trata-se de um pressuposto para as conclusões do exame do princípio da simetria ao presente caso investigado.

### 1.3. DO EXAME ONTOLÓGICO E TELEOLÓGICO DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA

#### 1.3.1. Do Controle: juridicidade, imparcialidade e segurança jurídica

Não foi por acaso que tanto a CF quanto a LEF conferiram ao órgão jurídico a competência para a inscrição em dívida ativa.

O motivo de assim ser não foi o argumento da discricionariedade ou da autonomia dos entes políticos para legislar sobre matéria tributária, mas sim motivos de razoabilidade (lógica e coerência prática), proporcionalidade e legal.

A norma geral, conforme visto, expressamente consignou que a inscrição *se constitui no ato de controle administrativo de legalidade* (art. 2º, § 3º, da LEF).

O controle administrativo pode ocorrer de diversas formas, como o controle hierárquico, finalístico, prévio, concomitante, a posterior etc. No presente estudo o que interessa é a diferença entre a forma *externa* (quando o órgão fiscalizador se situa em Administração diversa daquela em que a conduta se originou. Ex: controle pelo Judiciário, Tribunal de Contas ou Legislativo) e a *interna* (quando o controle é realizado dentro da própria Administração), sendo esta última objeto da análise.

Na lição de Hely Lopes Meirelles: “*controle*, em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”.<sup>8</sup>

Ora, se o controle administrativo deve necessariamente ser exercido por um outro órgão, autoridade ou poder, logicamente que não pode a Secretaria da Fazenda, que é competente para iniciar o procedimento fiscal tributário, autuando, julgando recursos preliminares e constituindo o crédito tributário, ser também o órgão que, depois, verifique a legalidade e legitimidade de todo o procedimento que ela própria conduziu, com a inscrição da dívida ativa.

Poder-se-ia contra-argumentar que as autoridades que fazem esses diferentes atos dentro da Secretaria da Fazenda são distintas, podendo haver o controle de uma sobre a outra. Entretanto, não é preciso dizer que o controle interno realizado por outro órgão da administração pública é mais eficaz, mais legítimo e gera mais confiança por parte do cidadão. Há uma dupla verificação do procedimento por parte de autoridades administrativas distintas, o que traz mais segurança, eficiência e legitimidade em todo o procedimento, beneficiando tanto o Poder Público quanto os próprios cidadãos.

8 - MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 639.



Além disso, a ideia de controle está umbilicalmente ligada à distanciamento, um segundo olhar, de fora, isonômico. O controle legítimo só é exercido quando inexistirem vínculos e conexões que possam comprometer a isenção e técnica da análise.

É natural que o mesmo órgão que autuou mantenha intacta sua decisão em caso de eventual recurso, ou até mesmo mantenha o ato inicial 'inidôneo' quando inexistir recurso se ele mesmo inscrever em dívida. É por isso que a lógica e o bom senso recomendam que esse controle e análise de atuação de um órgão seja feito por outro dentro da própria Administração Pública, a fim de conferir imparcialidade e acertos pelo próprio ente político.

Certamente o cidadão contribuinte se sentirá mais seguro quando a eventual revisão do ato ou o seu controle seja exercido por órgão diverso daquele que lhe autuou, conferindo plena legitimidade ao ato.

Não bastasse isso, a lei geral determina que não é qualquer controle que deve ser realizado no ato de inscrição em dívida, mas especificamente o **controle de legalidade** do ato, com atuação de órgãos especializados. E essa concepção de legalidade deve ser entendida como controle de juridicidade, mais ampla que a legalidade estrita.

Quanto à juridicidade, extrai-se da melhor doutrina: (i) Hely Lopes Meirelles afirma que *“a eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99”*<sup>9</sup>; (ii) Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz que o alargamento do princípio da legalidade é uma tendência atual do Direito Administrativo brasileiro, impondo a submissão do Estado *“não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito”*<sup>10</sup> (iii) Moreira Neto, por sua vez, destaca que o valor *justiça* (aqui entendida como a legalidade *lato sensu*) deve ser interpretado nesse contexto como uma síntese da *legalidade*, da *legitimidade* e da *licitude*<sup>11</sup>. Não basta somente cumprir a lei fria, mas verificar a compatibilidade de sua aplicação a critérios éticos.

O controle jurídico ou de juridicidade dos atos administrativos e das ações da Administração, portanto, é *a verificação técnica realizada por operador do Direito que afere se um determinado objeto de controle encontra compatibilidade com o sistema jurídico; para tanto, utiliza critérios hermenêuticos, argumentação jurídica, precedentes doutrinários e jurisprudenciais, entre outras técnicas.*

Quanto a esse controle no ato da inscrição em dívida ativa, destaca Paulo de Barros Carvalho:

*É o único ato de controle de legalidade, efetuado sobre o crédito tributário já constituído, que se realiza pela apreciação crítica de profissionais obrigatoriamente especializados: os Procuradores da Fazenda. Além disso, é a derradeira oportunidade que a Administração tem de rever os*

9 - MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 89.

10 - DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 29.

11 - MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as Procuraturas constitucionais. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 45, p. 41-57, 1992, p. 41.

*requisitos jurídico-legais dos atos praticados.* Não pode modifica-los, é certo, porém tem meios de evitar que não prossigam créditos inconsistentes, penetrados de ilegitimidades substanciais ou formais que, fatalmente, serão fulminadas pela manifestação jurisdicional que se avizinha<sup>12</sup> (grifo do autor).

Trata-se, em verdade, de medida de economia processual e respeito ao contribuinte, que não será perturbado, por vezes, por inadequações administrativas levadas a cabo pelo órgão fazendário. Nessa linha é a lição de Éderson Garin Porto:

Trata-se da derradeira oportunidade da administração de adequar o ato ao ordenamento jurídico, configurando medida de economia processual e respeito ao contribuinte [...] o controle administrativo de legalidade feito pela autoridade responsável pela inscrição do débito em dívida ativa da Fazenda é uma oportunidade a mais para a Administração adequar seus atos ao ordenamento jurídico (não apenas à letra fria da lei) e uma nova esperança para a preservação do princípio da boa-fé objetiva nas relações Estado-Contribuinte<sup>13</sup>.

Destaca Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes que:

Diante do aumento da importância da função de controle na atividade pública, uma das atribuições *que ganha relevo na atuação da Advocacia Pública refere-se à atividade de controle da juridicidade dos atos e processos administrativos de toda a Administração* e, eventualmente, de políticas públicas<sup>14</sup>. (grifo do autor).

A finalidade desse controle é obstar ou corrigir comportamentos indevidos praticados nos diversos escalões administrativos do corpo orgânico de Administração<sup>15</sup>.

*Esse controle de juridicidade é ato típico<sup>16</sup> e privativo da advocacia pública* (ao mesmo tempo em que é atividade típica de Estado), não sendo idôneo que esse controle seja exercido pelo órgão fazendário, sob pena de nulidade.

Além disso, a *especialização* do controle também é uma realidade, conforme destaca Caterina Castro e outros no sentido de que:

---

12 - CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 371.

13 - PORTO, Éderson Garin. *Manual da execução fiscal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 48-49.

14 - FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Advocacia pública e sua função de controle no modelo brasileiro contemporâneo. In: *Diritto & Diritti*, Ragusa (Itália), 28 out. 2010. Disponível em: <<https://www.diritto.it/advocacia-publica-e-sua-funcao-de-controle-no-modelo-brasileiro-contemporaneo/>>. Acesso em: jul. 2017.

15 - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 899.

16 - ROCHA, Mário Túlio de Carvalho. A unicidade orgânica da representação judicial e da consultoria jurídica do Estado de Minas Gerais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, p. 169-197, jan./mar. 2001, p. 185.

A crescente complexidade técnica e quantitativa do aparelho estatal, a multiplicação das categorias de interesses e o incremento das exigências éticas por parte da sociedade, *tornaram insuficiente o controle baseado no princípio da hierarquia, exigindo a criação de órgãos especializados para realização do controle interno da Administração Pública*<sup>17</sup>. (grifo do autor).

Um dos mais significativos exemplos do papel de *guardião da juridicidade*, ressalta Aldemário Araújo Castro:

Pode ser observado no *controle administrativo de legalidade para fins de inscrição de débito em Dívida Ativa*. [...]. *Com efeito, o crédito do Poder Público poderá ter seu registro negado, por vícios jurídicos identificados, com claro e direto prejuízo pecuniário para o Erário*<sup>18</sup>. (grifo do autor).

Mas não bastassem os argumentos relativos à ideia de controle isento, há outros que sustentam e complementam a defesa de ser o órgão jurídico como sendo o único responsável para a inscrição em dívida tributária<sup>19</sup>, conforme itens seguintes.

### 1.3.2 Natureza da Advocacia Pública

Não é possível se conferir a competência de qualquer ato a determinado órgão da Administração Pública sem antes se ter claro a natureza e finalidade desse órgão. Por isso, de suma importância explorar o papel e real função das Procuraturas, nos termos delineados pela Constituição Federal.

Muitos confundem (talvez pela conjectura e contexto da consolidação histórica do Estado brasileiro) a correta competência da Advocacia Pública, pensando que esta teria a função de defender os interesses do Governo, quando na verdade tem a importante função de defender o Ente Federado. Enquanto o governo e seus interesses são transitórios, o Estado tem caráter permanente<sup>20</sup>, também assim sendo a defesa do interesse público.

Comumente os interesses da Administração e de seus governantes são conflitantes, pois estes nem sempre defendem os interesses daquela. Em eventual colisão entre o interesse público

17 - CASTRO, Caterina Vasconcelos de; ARAÚJO, Francisca Rosileide de Oliveira; TRINDADE, Luciano José. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito: reflexões jurídicas acerca dessa instituição estatal essencial à justiça. In: *Revista da Procuradoria Geral do Acre*, Rio Branco, n. 3, p. 213-253, jan./dez. 2003, p. 248.

18 - CASTRO, Aldemário Araújo. A advocacia pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1630, 18 dez. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10772/a-advocacia-publica-como-instrumento-do-estado-brasileiro-no-controle-da-juridicidade-dos-atos-da-administracao-publica>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

19 - Que serão hábeis a demonstrar ao final os motivos pelos quais deve ser aplicado o princípio da simetria ao presente caso e, principalmente, para apontar a inconstitucionalidade material das leis que tratam em sentido diverso.

20 - Razão da necessidade indiscutível de organização do órgão em carreira e mediante concurso público. Do contrário, ao se permitir que o Chefe do Executivo contrate advogado de sua confiança no lugar de um procurador concursado, parece que está mais a defender o próprio governo do que o Estado propriamente dito, desvirtuando por completo as legítimas funções de um Procurador.

primário e o secundário<sup>21</sup>, deve prevalecer aquele<sup>22</sup>, demonstrando a necessidade e importância do papel da advocacia pública nesse mister. Nas palavras de Bandeira de Melo<sup>23</sup>, o Estado, “*concebido que é para a realização de interesses públicos [...] só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles*”. Embora desejável, não existe coincidência necessária entre o interesse público e o do Estado.

Noutro giro, os interesses patrocinados pela Advocacia Pública não são os dos governantes ou do governo, mas os do Estado. Não se defende esse ou aquele detentor do poder, mas a pessoa jurídica de direito público, seus órgãos e sua administração direta e/ou indireta.

A advocacia pública, portanto, exerce verdadeira função de Estado, patenteada por seu tratamento constitucional como “*função essencial à Justiça*” (legalidade, legitimidade e licitude<sup>24</sup>). Por isso, deve-se destacar que além de servir à pessoa jurídica de direito público, também patrocina os interesses de toda a sociedade, o que faz de forma primária, antes mesmo de qualquer publicização ou atuação de órgãos de controle externos (Ministério Público, Tribunal de Contas etc).

Faz-se prudente, aqui, o destaque conferido pelo saudoso administrativista Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao lembrar que a Constituição de 1988 consagrou em seu Título Quarto a *organização dos poderes*<sup>25</sup>. Nesse título há quatro capítulos dedicados aos três poderes tradicionais do Estado (Executivo, Legislativo e o Judiciário) e um quarto, cuidando, em apartado, das *funções essenciais à Justiça*, em que se encontra a Advocacia Pública, juntamente com o Ministério Público, a Advocacia Privada e a Defensoria Pública.

Não se trata, pois, de um quarto poder, mas de uma *quarta modalidade* ou *função* essencial ao Estado Democrático de Direito. Sua natureza jurídica é de função essencial que se *situa no mesmo patamar constitucional das tradicionais funções, em igualdade de status constitucional e sem subordinação direta ou hierarquia de essencialidade* (apenas administrativa) a nenhum dos três Poderes<sup>26</sup>.

A autonomia e a grande parcela de poder estatal conferida às instituições essenciais à justiça decorreram, além das destacadas funções sociais e participativas, da necessidade de superar os resquícios do Estado ditatorial anterior, com a nítida “preocupação em pôr o cidadão e a sociedade civil a salvo de qualquer autoritarismo estatal”<sup>27</sup>.

---

21 - A doutrina administrativista brasileira costuma classificar os interesses públicos em “primários” (originários) e “secundários” (instrumentais ou derivados). Os primeiros seriam o interesse social, a vontade da coletividade; já os segundos seria o interesse do Estado, comumente os de cunho patrimonial. O Estado, como pessoa jurídica pode ter interesses que lhe são particulares, individuais, similares aos interesses de qualquer outro sujeito.

22 - Conquanto a atuação dos advogados públicos esteja pautada nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, justifica-se a formulação de pareceres contrariamente aos interesses do governante; de não defender ato manifestamente ilegal em sede de mandado de segurança; de não contestar ação popular na qual esteja evidente a má versação de recursos públicos etc.

23 - MELLO, op. cit., p. 63.

24 - Conforme tricotomia defendida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992).

25 - MOREIRA NETO, op. cit., p. 41-57.

26 - FERNANDES, op. cit.

27 - CASTRO, 2003, op. cit., p. 218.

Aliás, a Constituição Cidadã de 1988 erigiu o administrado à condição de cidadão pondo em xeque a dogmática administrativa clássica. O Direito Administrativo deixa de ser, como o foi em sua origem, somente um meio de garantia do administrado, tornando-se um instrumento de melhor atendimento efetivo dos interesses coletivos, com reflexos significativos, inclusive, na teoria e dogmática do regime jurídico administrativo. E nesse contexto, importante papel ganha a Advocacia Pública, visto que desde 1988 defende o interesse público em sua dupla concepção (secundário e o primário, em caso de colisão com aquele), conforme já destacado.

Por todas essas razões, não se admite mais a defesa cega, incondicionada e irresponsável do Estado como acontecia outrora, mas agora com a preservação do princípio da boa-fé objetiva nas relações entre Estado e Contribuinte.

Foi somente a Constituição Federal de 1988 que, inovando em relação ao regime anterior, segregou a Advocacia Pública em sentido lato e entregou suas funções a *instituições distintas*. A *advocacia do Estado*<sup>28</sup> começou a ser atribuição da Advocacia Pública em sentido estrito (Advocacia Geral da União, Procuradorias do Estado e do Distrito Federal e Procuradorias do Município), o Ministério Público passou a exercer somente a *advocacia da sociedade*, enquanto que a *advocacia dos necessitados* passou a cargo da Defensoria Pública<sup>29</sup>.

Toda a advocacia pública deu um grande salto qualitativo após a Constituição de 1988, empurrada pela especialização das funções prestadas, necessidade de estruturação em carreiras e de concurso público de provas e títulos.

Verifica-se, portanto, que é a advocacia pública que tem a função e competência para sopesar eventual conflito entre o interesse público primário e o secundário, significando que é ela, como órgão autônomo, *o competente para analisar, juridicamente, se deve prevalecer o interesse do cidadão ou do governo na arrecadação*. Ou, ainda, de verificar se estão ou não preenchidos os requisitos legais (interesse público primário) a fim de evitar uma futura execução fiscal desnecessária e temerosa não só em prejuízo ao contribuinte, mas principalmente ao próprio Estado, com o pagamento desnecessário de custas, ônus sucumbenciais e, por vezes, danos morais.

O órgão fazendário, por sua vez, como de sua própria natureza e competência, defende unicamente o interesse público secundário, na exclusiva ânsia arrecadatória do Estado.

Este órgão, como todos os demais órgãos administrativos, devem obediência à lei, contudo, tal obediência ocorre somente na forma literal/gramatical (técnica da subsunção), enquanto que o controle jurídico é muito mais amplo e complexo, vez que utiliza de todos os métodos hermenêuticos disponíveis para a aplicação da juridicidade.

Isso se dá principalmente pela diversidade da base de formação acadêmica dos profissionais que integram a Administração Pública que, no caso do órgão fazendário, é composta por contabilistas ou economistas em sua essência, que não tem formação jurídica ou, pelo menos,

28 - Esse sistema distinto entre advocacia de Estado e advocacia da sociedade também existe na Itália, Espanha, Argentina e Peru, conforme aprofundado estudo comparado de Cláudio Grande Júnior (2009, p. 105) e decorre da inevitável especialização do trabalho das funções estatais. Fica o registro que antes da CF/88 a função de defesa do Estado ficava à cargo da Procuradoria-Geral da República.

29 - MOREIRA NETO, op. cit., p. 41-57.

não tem o dever de acompanhar a evolução da aplicação do Direito pela jurisprudência dos Tribunais brasileiros. E ainda que eventualmente existam servidores com formação jurídica, tal ato não é suficiente para deslocar uma competência que é privativa do órgão jurídico.

Não se retira a importante e necessária função da Secretaria da Fazenda em iniciar todo o procedimento fiscal, que tem como *expertise* a arrecadação e aplicação fria da letra da lei, com viés nitidamente econômico.

Contudo, tão importante quanto esse viés econômico (arrecadatório) é o viés jurídico (exame da juridicidade), cuja competência é exclusiva da advocacia pública.

São fases distintas dentro do procedimento administrativo fiscal, independentes, mas complementares. Cabe destacar que o processo de cobrança inicia-se com o esgotamento da competência da administração fazendária, que se dá com a constituição definitiva do crédito tributário. A partir desse marco – constituição definitiva do crédito tributário – é que se inicia a contagem do prazo prescricional<sup>30</sup>. E sabidamente a prescrição nada mais é do que a perda do direito de cobrar o crédito tributário, cobrança esta que é da competência do órgão jurídico.

Nesse giro, a competência da Secretaria da Fazenda se esgota com a constituição definitiva do crédito tributário e a competência da Advocacia Pública nasce a partir daí (exame de juridicidade de todo o procedimento), cuja inscrição em dívida representa o primeiro ato do procedimento de cobrança da dívida.

Desse modo, não é possível exigir que a Secretaria da Fazenda exerça, além do controle econômico-fiscal arrecadatório, também o controle jurídico de seus próprios atos. Tratar-se-ia de usurpação de competência legal e até constitucional, hábil a macular todo o procedimento fiscal, em desacordo com o próprio Estado Democrático de Direito.

Destacou-se o Estado Democrático de Direito porque há um aparente conflito entre o interesse público primário e o secundário, em que este último é bem defendido pela Secretaria da Fazenda (arrecadar para o ente político), enquanto o primeiro é função típica da Advocacia Pública, na sua competência de função de Estado. Vislumbrando esse aparente conflito, deve-se prestigiar o interesse público primário em face do secundário, ou seja, não estando preenchidos todos os requisitos legais ou existindo alguma nuance que possa prejudicar o cidadão-contribuinte lá na frente, a Procuradoria tem o dever de resguardar o interesse público primário, conforme reiteradamente destacado no presente estudo.

Ora, é o Advogado Público quem possui a autoridade intelectual à promoção da escorreita aplicação do Direito pelos órgãos estatais, e que tem a potencialidade de prevenir a instauração de litígios potencialmente ruinosos para o poder público<sup>31</sup>.

30 - Nesse sentido é o entendimento do STJ: “A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional de cinco anos para o Fisco cobrar judicialmente o crédito tributário. (REsp 1107339 / SP Ministro LUIZ FUX DJe 23/06/2010).

31 - MADUREIRA, Claudio Penedo. Poder público, litigiosidade e responsabilidade social. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 11, n. 126, p. 9-22, ago. 2011. Material da 5 aula da disciplina Fazenda Pública em Juízo, ministrada no Curso de Pós-Graduação de Direito Público-Anhanguera-Uniderp I Rede LFG, 2012, p. 6.

É a Advocacia Pública que tem a prerrogativa e a responsabilidade de proceder ao controle da juridicidade dos atos estatais quando da sua atuação nos âmbitos consultivo e contencioso. Essa flexibilidade valorativa da aplicação do Direito, quando conjugada à vinculação da aplicação do Direito aos posicionamentos consolidados na jurisprudência dos Tribunais brasileiros, avulta a importância dos advogados públicos na correção de equívocos de interpretação cometidos pela Administração Pública.

O Estado Constitucional de Direito existe para proteger e garantir os direitos e garantias individuais e não sobrepor as vontades administrativas contra seus próprios cidadãos. Destaque-se os ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

As instituições da participação política [Secretaria da Fazenda] são genéricas e leigas, visando precipuamente ao valor legitimidade, enquanto as instituições das funções essenciais à Justiça são específicas e técnicas [Procuraturas], visando principalmente à legalidade, e ambas, sob diversos matizes e por seus próprios caminhos, à moralidade<sup>32</sup>.

Não é possível, portanto, que se atribua à própria Secretaria da Fazenda a competência para inscrição em dívida ativa tributária, cuja essência se distancia, e muito, da análise de todo o procedimento à luz do ordenamento jurídico vigente. Nesse sentido:

[...] no interesse não só da Fazenda Pública, mas sobretudo dos próprios administrados, *deve o Procurador*, muito embora sem apreciar o mérito da cobrança, nem, tampouco, rever as decisões finais dos órgãos ou autoridades competentes, examinar detidamente: se houve notificação ou intimação regular do devedor; se estão indicados os fundamentos legais do auto de infração; se foi formalizada a decisão; se esta foi prolatada pela autoridade competente e se indica os dispositivos legais em que está fundamentada; se os recursos acaso interpostos foram apreciados e julgados; se estão indicados os fundamentos legais das penalidades aplicadas, etc<sup>33</sup>. (grifo do autor).

Nessa linha, prudente que se faça o seguinte questionamento: é preciso ajuizar a questão para somente lá na frente se verificar que tudo poderia ter sido feito diferente? É preciso aguardar inúmeras exceções de pré-executividade ou embargos à execução fiscal, inclusive com condenação em honorários advocatícios, de algo que poderia ter sido consertado já na via administrativa? Certamente que não. Inclusive isso vai contra a ideia de celeridade e desafogamento de litígios no Judiciário, a exemplo dos inúmeros dispositivos acrescentados no CPC/15 com essa finalidade<sup>34</sup>.

Ainda que se entenda que o controle<sup>35</sup> não precise ser exercido por órgão diverso dentro

32 - MOREIRA NETO, op. cit., p. 82.

33 - QUEIROS, Cid Heráclito de. In Dívida Ativa – Inscrição. Luciano Benévolo de Andrade. *Revista de direito tributário*, São Paulo: RT, jul./set. 1991. p. 143-144.

34 - A exemplo da própria Lei nº. 13.256/2016, que alterou dispositivos referentes aos recursos extraordinário e especial antes mesmo da vigência do próprio CPC/15.

35 - Aqui compreendido como o mero exame da literalidade da lei.

da Administração Pública – embora altamente recomendado – não é possível vencer o segundo requisito consistente no controle de legalidade (*amplo sensu*<sup>36</sup>), cuja competência é exclusiva e monopólio do órgão jurídico, mormente porque é ele quem vai executar a dívida posteriormente e defender, quando possível, o ente público perante as teses dos contribuintes em eventuais embargos à execução ou exceções de pré-executividade.

Não parece compreensível e racional que o órgão jurídico apenas verifique eventual ilegalidade do procedimento administrativo somente na esfera judicial, com a execução da dívida ativa, quando poderia resolver o problema já em seu nascedouro, dentro do próprio âmbito administrativo.

Não são raras as vezes que os argumentos de defesa dos contribuintes no processo judicial são acolhidos – ou até mesmo reconhecidos prontamente pelo órgão jurídico – por erros administrativos que poderiam ser evitados já no ato da inscrição em dívida. Essa dinâmica – equivocada – traz sérios prejuízos ao Estado, tais como a condenação em honorários, o alto tempo despendido pelos órgãos administrativos para cobrar algo irregular, custos processuais desnecessários, além de prejudicar o próprio contribuinte, que tem o direito de ser cobrado de forma idônea e regular, conforme os preceitos da legalidade estrita.

A realização da inscrição em dívida ativa tributária pelo órgão jurídico evita ou ao menos diminui o ajuizamento de ações viciadas, em legítimo exercício de controle de legalidade sobre os procedimentos administrativos tributários prévios, realizados pelo órgão fazendário.

Impedir que o controle de juridicidade seja exercido por quem é legítimo e competente para tal, como a Advocacia Pública, é andar na contramão da efetividade e da economicidade. E não apenas isso, é desrespeitar o cidadão contribuinte, a boa-fé objetiva, a moralidade, desvirtuando a existência do próprio Estado Democrático de Direito.

É a atuação da Procuradoria-Geral, como órgão consultivo<sup>37</sup> da Administração, que tem condições de verificar a juridicidade do procedimento fiscal realizado até a fase da inscrição em dívida ativa, quando decidirá, em observância aos demais princípios do ordenamento jurídico, se o débito está apto ou não a ser inscrito, determinando as alterações necessárias ou prosseguindo com a futura execução.

Não apenas porque é o órgão administrativo apto a realizar esse controle de forma material (competência), mas também porque isso traduz em legítimo exercício de autotutela administrativa por órgão distinto da Administração que iniciou todo o procedimento fiscal.

Não é incomum, diga-se de passagem, os agentes fiscais serem remunerados com gratificações de produtividade, em nítido fim arrecadatário que, por vezes, pode macular uma decisão isenta e imparcial em supostas situações de irregularidades.

Nesse particular, a Procuradoria exerce função de controle de finalidade, prosseguindo

36 - No sentido de juridicidade, baseado nas diversas técnicas hermenêuticas e de aplicação do Direito, cuja competência é privativa do órgão jurídico.

37 - Que tem a função de dar a resposta final à Administração Pública em eventuais conflitos internos, conforme se verificará nos próximos capítulos.

com a inscrição em dívida daqueles créditos hígidos – sem qualquer irregularidade durante a tramitação do procedimento fiscal tributário e tomando as medidas administrativas cabíveis, antes da sua inscrição, em caso de eventuais irregularidades.

Caso seja possível a retificação, o prosseguimento da inscrição em dívida seguirá com mais segurança; ao contrário, caso não seja possível ou, até mesmo sendo possível mas se vislumbrando que a execução será dificultosa (por falta de endereço ou qualquer outro requisito) poderá desde já evitar uma execução frustrada ou até mesmo ilegal.

Portanto, não é possível se atribuir a função de inscrição da dívida ativa tributária ao órgão fazendário, mas sim apenas ao órgão jurídico do Poder Executivo, que tem a competência e *expertise* para o exame da legalidade (juridicidade) do procedimento administrativo tributário.

É a Procuradoria que exerce função de Estado<sup>38</sup> (e não função de Governo), – único dentro do Poder Executivo Municipal que exerce essa função essencial à Justiça – é um órgão autônomo em relação aos três Poderes tradicionais, demonstrando uma imparcialidade mais evidente e legítima do que um órgão de governo não autônomo, como é a Secretaria da Fazenda, que é um gestor político da arrecadação e não um órgão técnico competente a averiguar a certeza e liquidez do crédito tributário.

### **1.3.3. Competência Privativa da Advocacia Pública Para o Exame de Juridicidade Dentro da Esfera Administrativa do Respectivo Ente Político**

Além de a Advocacia Pública exercer função autônoma e essencial à Justiça a Constituição lhe atribui a competência para interpretar a legislação dentro da esfera do ente político a que está administrativamente vinculada.

A CF estabelece nos arts. 131 e 132, conforme já visto, que é a advocacia pública que exerce as atividades de consultoria e assessoramento jurídico das respectivas unidades federadas.

E aqui vale enaltecer que essa competência é estatuída a todos os entes da federação brasileira: de modo expresso na CF quanto à União, Estados e DF e de modo implícito quanto aos Municípios.

Em que pese os argumentos daqueles que defendem não ter a Constituição Federal propositadamente incluído os Municípios no Capítulo que trata da Advocacia Pública e, diante disso, de que não seria possível lhe aplicar as normas condizentes às Procuraturas federais e estaduais por ausência de texto expresso nesse sentido, tal entendimento não merece prosperar.

Isso porque a Constituição merece ser interpretada sistematicamente e teleologicamente, com razoabilidade, de modo que não é admissível pensar inexistir no sistema constitucional vigente a figura das Procuradorias Municipais.

---

38 - Não se trata aqui, pois, de uma inovação científica, mas de conclusão baseada em diversos normativos infraconstitucionais, decisões dos próprios tribunais e na própria doutrina.

Ora, se a federação brasileira é composta por três esferas de atuação/competência (União, Estados e Municípios), ao contrário da federação norte-americana em que são duas, nos termos do art. 1º e 18, da CF, com funções privativas, comuns e concorrentes (arts. 22, 23, 24, 25 e parágrafos e 30, da CF), todos autônomos (inclusive princípio esse sensível, nos termos do art. 34, inciso VII, “c”, da CF) e cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inciso I, da CF), não é lógico tampouco crível que apenas um dos entes federativos, no caso os Municípios, não tivesse que exercer controle de juridicidade sobre seus atos, mormente em tempos atuais em que as políticas públicas são constantemente questionadas no Judiciário (saúde, educação, assistência social, meio ambiente, direito urbanístico, transporte, acessibilidade etc), cujo interesse local é manifestamente evidente.

E mais: antes mesmo de serem questionadas, essas políticas públicas são formuladas e discutidas no próprio Município (muitas vezes por expressa disposição legal), equiparando-o aos demais entes, com atribuições e competências de alta relevância, no mais das vezes chegando ao extremo de se responsabilizar em demasia, com incumbências superiores aos demais.

Soa um absurdo considerar que as Procuraturas Municipais não estariam abarcadas, ainda que implicitamente, no texto constitucional. Não fosse assim cabe a seguinte indagação: as inúmeras leis que extraem seu fundamento de validade da própria CF e que atribuíram competência à advocacia pública municipal para atuação em determinados atos seriam, então, inócuas/inconstitucionais? Cita-se como exemplo os seguintes dispositivos: art. 17 e § 2º, da Lei nº. 8.429/92 (improbidade); art. 5º, inciso III e § 2º, da Lei nº. 7.347/85 (ação civil pública, recepcionada pela CF/88); art. 6º e § 3º, da Lei nº. 4.717/65 (ação popular, recepcionada pela CF/88); arts. 6º, 7º, inciso II, 9º e 13, da Lei nº. 12.016/09 (mandado de segurança); art. 5º, inciso II, da Lei nº. 13.300/16 (mandado de injunção); art. 19 e § 4º, da Lei nº. 12.846/13 (responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública); art. 38, parágrafo único, da Lei nº. 8.666/93 (licitações); dentre outras. Diante desse arcabouço legal, poderia ser ignorada a existência ou a necessidade de órgão jurídico municipal? Conseguiria a “Fazenda Pública Municipal” atuar e cumprir a finalidade das citadas legislações sem um órgão especializado (Procuradoria)? Logicamente que não. Essa legislação infraconstitucional é o próprio reconhecimento legal da existência, importância e finalidade das Procuradorias Municipais.

Além disso, para provar a existência implícita das Procuradorias do Município na CF – embora diverso o seu objeto, os fundamentos são plenamente extensíveis ao presente estudo – vários tribunais têm aplicado o princípio da simetria quanto à necessidade de concurso público para a atuação de Procurador do Município, não podendo a Administração se valer de cargos em comissão – a exemplo do TJRS<sup>39</sup>, TJSP<sup>40</sup>, TJES (em incidente de inconstitucionalidade analisado

39 - AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LIMINAR. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. PROCURADOR DO MUNICÍPIO. CARGO QUE, EM PRINCÍPIO, DADAS SUA NATUREZA E CARACTERÍSTICAS, NÃO SE AMOLDA AO PROVIMENTO ATRAVÉS DOS CHAMADOS CARGOS EM COMISSÃO. RECURSO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO PARA AMPLIAR A ABRANGÊNCIA DA LIMINAR DEFERIDA NA ADIN Nº 70011374410, PARA ABARCAR, TAMBÉM, O CARGO DE PROCURADOR DO MUNICÍPIO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. (TJRS – Agravo Regimental Nº 70011550241 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Relator: Alfredo Guilherme Englert – Julgamento: 09-05-2005).

40 - MANDADO DE SEGURANÇA – Reconhecimento da inconstitucionalidade da LC nº 87/01 que criou 08 cargos de Procurador do Município de provimento em comissão - Cargo de natureza técnica, que independe de vínculo de confiança com o chefe do Poder Executivo - Forma de provimento inquinada de vício de inconstitucionalidade - afronta o art. 37, II, da CF - Impossibilidade todavia de sua transformação em cargo de provimento efetivo - Dependente de Lei - Recurso não provido. (TJSP – Apelação Cível n. 812.714.5/2-00 – Relator: Magalhães Coelho – Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Público – Julgamento: 25-11-2008).

pelo Pleno)<sup>41</sup> e até mesmo o próprio STF, por meio da STA nº. 320:

No caso, verifica-se que a decisão impugnada está em sintonia com o posicionamento desta Corte nos autos da ADI nº 881-1/ES, cuja ementa assim dispõe: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR 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 uma 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 título*’ (ADI 881 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ25-04-1997) *Mutatis mutandis, é o que, em princípio, deve ser aplicado no caso de criação de cargo de provimento em comissão para assessoramento jurídico de Chefia do Executivo Municipal* (grifo do autor).

Se é necessário e indispensável o concurso público para o cargo de Procurador do Município significa, logicamente, que deve existir uma Procuradoria do Município. Os fundamentos das decisões dos tribunais estão lastreados justamente nessa existência, na natureza e características semelhantes entre as Procuraturas e na compatibilidade vertical com os arts. 131 e 132, da CF. Reconhecem a existência e a legitimidade da Advocacia Pública em todas as esferas políticas, sem qualquer discriminação ou ressalvas.

Assim, quando se faz referência ao termo *Advocacia Pública*, está-se referindo a todas as

41 - INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE NO MANDADO DE SEGURANÇA. LEI 1.578/93 DO MUNICÍPIO DE BAIXO GUANDU. INSTITUIÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO DE ASSESSOR JURÍDICO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA. *MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPATIBILIDADE DIRETA COM OS ARTIGOS 131 E 132 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADVOCACIA PÚBLICA. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO.* 1) *Incide em manifesta inconstitucionalidade, por incompatibilidade vertical com os artigos 131 e 132 da Constituição Federal, a Seção III do Capítulo I da Lei nº 1.578/93 do Município de Baixo Guandu, que atribuiu a servidores comissionados a responsabilidade pelo desempenho da atividade jurídica consultiva e contenciosa exercida na defesa dos interesses da referida unidade federativa.* 2) *A Magna Carta de 1988, ao conferir o monopólio da defesa jurídica das pessoas políticas aos detentores de cargos, organizados em carreira, de Procurador ou de Advogado da União, na verdade, objetivou institucionalizar a Advocacia Pública, delimitando o seu perfil e discriminando as atividades inerentes aos órgãos e agentes que a compõem.* 3) E isso porque, ao exigir concurso público, a Constituição quis que seus membros tivessem a necessária independência funcional para realizarem o bom controle da legalidade dos atos da Administração, de forma a assegurar que esses – atos administrativos – não sejam praticados somente de acordo a vontade do administrador, mas também em conformidade com o sistema normativo. 4) De tal maneira, somente um servidor que tem asseguradas certas garantias funcionais, como ocorre com os concursados, pode afirmar, sem nenhum temor de ser exonerado, que um ato do Presidente da República, do Governador, do Prefeito, de Secretário não está condizente com a lei. 5) Por tais razões, a norma constitucional que institucionaliza a Advocacia Pública está revestida de eficácia vinculante para todas as unidades federadas, uma vez que, conforme salienta o Ministro Celso de Melo, no contexto normativo que emerge o art. 132 da Constituição, e numa análise preliminar do tema, parece não haver lugar para nomeações em comissão de servidores públicos que venham a ser designados, no âmbito do Poder Executivo, para o exercício de funções de assistência, de assessoramento ou de consultoria na área jurídica. *A exclusividade dessa função de consultoria remanesce, agora, na esfera institucional da Advocacia Pública, exercida [...] por suas respectivas procuradorias-gerais e pelos membros que a compõem.* (ADIN 881, DJ 25.04.1997). 6) Logo, a Advocacia Pública deve ser exercida exclusivamente por servidores efetivos, sendo incompatíveis com tal mister os cargos de natureza comissionada, por se enquadrar como de confiança da autoridade nomeante. ACORDA o Egrégio Tribunal Pleno, em conformidade data e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, à unanimidade, declarar a inconstitucionalidade da norma inserta na Seção III do Capítulo I da Lei nº 1.578/93 do Município de Baixo Guandu (TJES. Incidente de Inconstitucionalidade em Apelação Cível nº 0801007-96.2008.8.08.0007, Relator: José Paulo Calmon Nogueira da Gama julgado em 28.06.2012, publicado em 10.07.2012) – destacou-se.

Procuraturas das unidades federativas (União, Estados, DF e Municípios).

Ora, se existe a Procuradoria do Município implicitamente no corpo constitucional, inclusive com exigência de concurso público para o ingresso de seus membros (art. 37, inciso II, da CF), também existirá para justificar a execução de atos jurídicos privativos de sua competência, como a inscrição de dívida ativa.

Não seria razoável estender determinada matéria - como a necessidade de concurso público - para toda a Advocacia Pública (federal, estadual, distrital e municipal) e deixar outras matérias sem essa extensão, como o caso da inscrição em dívida ativa. Existindo características semelhantes entre a atuação jurídica de todos os entes o tratamento isonômico entre eles é medida que se impõe.

Outra conclusão que pode ser extraída dos julgados é a de que não podem cargos comissionados exercerem funções privativas de procurador efetivo. Significa que se juridicamente está vedado o exercício de atribuições próprias de um Procurador a um agente comissionado interno (próximo), mais ainda estará o exercício dessas atribuições por um agente alheio ao órgão (remoto), como a Secretaria da Fazenda ou outra qualquer. A inscrição em dívida jamais pode ser realizada por órgão diverso da Procuradoria<sup>42</sup>.

Denota-se que os tribunais aplicam o princípio da simetria para o caso dos concursos de procurador do Município, sendo que não se justificaria não o aplicarem também para que a inscrição em dívida ativa seja realizada pela Advocacia Pública.

O argumento no sentido de que as Procuradorias do Município não poderiam realizar a inscrição em dívida ativa por ausência de previsão constitucional, portanto, mostra-se totalmente descabida e insubsistente.

Em arremate, já destacou Cláudio Smine Diniz, Promotor de Justiça em Curitiba, no mesmo sentido do que aqui se expõe:

Por expressa disposição da Constituição Federal de 1988, as funções de representação judicial e extrajudicial, assim como a consultoria jurídica da União, dos Estados e do Distrito Federal, foram atribuídas aos advogados públicos. Entretanto, não há previsão constitucional expressa quanto à Advocacia Pública no plano municipal.

*Em que pese a omissão do texto constitucional, considera-se que as funções desempenhadas pela Advocacia Pública ostentam natureza eminentemente técnica e, portanto, o provimento dos respectivos cargos deve dar-se mediante concurso público (CF, art. 37,II). Por outro lado, as atividades desempenhadas são fundamentais para a adequação dos atos de governo e dos atos administrativos à ordem jurídica (CF, art. 37), além de serem vitais para a efetividade do sistema de controle interno (CF, art. 74). Diante disso, a interpretação constitucional conduz à conclusão de que os municípios devem contar com procuradoria jurídica, nos mesmos moldes concebidos para os demais entes federativos (CF, arts. 131 e 132).*

[...].

42 - E estendendo o raciocínio, também o ato de inscrição em dívida ativa (leia-se: controle jurídico) não poderia ser exercido por agente comissionado interno do órgão jurídico.

As funções atinentes à Advocacia Pública nos municípios, assim como na União e nos Estados, devem ser exercidas por agentes públicos devidamente qualificados, ocupantes de cargos efetivos, investidos mediante prévia aprovação em concurso público de provas e títulos e organizados em carreira devidamente estruturada. Sendo assim, a norma que confere tratamento diverso à Advocacia Pública incide em inconstitucionalidade material, por ofensa aos arts. 37, incs. II e XXII, 74 e 132, todos da Constituição Federal, a qual deve ser arguida pelo Ministério Público, tanto incidentalmente, dando ensejo ao controle difuso, quanto de forma direta, provocando o controle concentrado<sup>43</sup>. (grifo do autor).

Pode-se afirmar, então, que a Advocacia Pública tratada na CF engloba todos os entes de federação, sem qualquer discriminação.

Dentro da atividade de consultoria e assessoramento está abarcado o ato de interpretar a legislação e dizer o Direito ao caso concreto, à luz de todo o ordenamento jurídico, doutrina e jurisprudência.

A atuação do advogado público não está limitada à representação (ou apresentação<sup>44</sup>) do ente político em juízo. O papel da Procuradoria é também e fundamentalmente preventivo, pois também é dela a missão constitucional de controle de legalidade mediante a atividade consultivo-preventiva, como órgão de balizamento e orientação jurídica para todos os órgãos da administração pública, constitucionalmente vinculada, dentre outros, aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Com efeito, quando o Constituinte previu dentre as atribuições da advocacia pública a consultoria, não o fez com outro objetivo se não o de assegurar que a atividade administrativa se realize em estrita legalidade e, por conseqüência, evitando litígios desnecessários.

Deste raciocínio decorre a inarredável conclusão de que as dívidas ativas tributárias irregulares que acabam sendo judicializadas configuram verdadeiros sinistros dentro do universo infindo das relações jurídicas, e, nesses termos, a judicialização não pode ser assimilada com indiferença pela Administração.

Significa que a verificação da legalidade (em sentido amplo) de determinado ato (como o caso do procedimento fiscal tributário) deve ser feita exclusivamente pelo órgão jurídico<sup>45</sup>.

43 - DINIZ, Cláudio Smine. Advocacia pública nos municípios: participação no controle interno e estruturação da carreira. In: *Centro de estudos e aperfeiçoamento funcional do MPPR*, Disponível em: <[http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/advocacia\\_publica.pdf](http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/advocacia_publica.pdf)>. Acesso em: jul. 2017.

44 - Como já decidiu o STJ: “Veja-se, inicialmente, que a lei refere-se a “advogados”. Vale dizer: as pessoas que atuam em juízo, defendendo interesses de terceiros. Por defenderem interesses de terceiros, os advogados apresentam-se munidos de procuração. *Os denominados advogados (ou procuradores) de Estado não são, em rigor, advogados (nem procuradores). Com efeito, eles não atuam em lugar do Estado, mas como um de seus órgãos.* Assim como o juiz é o órgão pelo qual o Estado executa sua função jurisdicional, o procurador é o órgão de que o Estado se vale, para defender-se e atacar, em juízo. Nunca é demais lembrar a precisa e preciosa observação de Pontes de Miranda: *o procurador não representa; ele apresenta o Estado.* Se assim ocorre, não faz sentido exigir-se do advogado de Estado, procuração ou credencial. O Procurador, quando é investido em seu cargo público, está automaticamente habilitado para funcionar como órgão estatal de comunicação com o Poder Judiciário. [...]”. (REsp 401390/PR, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/10/2002, DJ 25/11/2002, p. 200) – destacou-se.

45 - Aqui entendido como sendo o órgão jurídico o competente para dar a “última palavra”/interpretação na esfera administrativa – o que não retira a competência de todos os demais órgãos para a aplicação da lei em sentido estrito (gramatical). No caso da inscrição em dívida ativa, o controle previsto na norma não se limita à interpretação gramatical, mas ao próprio controle de juridicidade dos atos, razão da exclusividade do órgão jurídico.

Não há como se admitir, por isso, como competente, o órgão fazendário para exercer o controle administrativo de legalidade, vez que a competência para tal fim é monopólio do órgão jurídico.

O art. 74, *caput* da CF informa que todos os Poderes manterão de *forma integrada* sistema de controle interno. Sendo certo que:

A Advocacia Pública é a única instituição que, no exercício de suas atribuições essenciais à Justiça, *detém a exclusividade* do aconselhamento jurídico de todos os poderes e órgãos da Administração Pública, em cada unidade federativa<sup>46</sup>. (grifo do autor).

Essa exclusividade, jungida à necessidade de determinar o respeito da atuação administrativa à legalidade em sentido lato, é de fundamental relevância para o controle da juridicidade realizado pelas Procuradorias.

Derly Barreto e Silva Filho acrescenta, ainda, que a tarefa de controle do poder “dinamiza-se, necessariamente, mediante a *confrontação* dos órgãos técnicos de controle jurídico interno e as instâncias políticas com poder de decisão; mediante o *cotejamento* das visões jurídica e política sobre um mesmo assunto administrativo”<sup>47</sup>. Inexiste essa dinamização quando a inscrição ocorre somente dentro de um mesmo órgão, geralmente o Fazendário.

A norma que confere a inscrição em dívida a órgão diverso da Advocacia Pública incide em inconstitucionalidade material, por ofensa aos arts. 37, 74, 131 e 132, todos da Constituição Federal.

#### 1.3.4. Do princípio da eficiência e da competência privativa de advocacia o controle preventivo de atos

Além de a CF atribuir competência à Advocacia Pública para o exercício das atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, essa competência também vem delineada no Estatuto da OAB – Lei nº. 8.906/94 e, no campo da advocacia pública, decorre do próprio princípio da eficiência.

O art. 1º, inciso II, do Estatuto da OAB prescreve que são atividades privativas de advocacia, dentre outras, as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

No âmbito da *advocacia preventiva* está inserida a *consultoria*, consistente a evitar o surgimento ou a permanência de agressão à ordem jurídica – a injuridicidade – como quer que ela se apresente, decorra ela de ação ou de omissão. É justamente nesse contexto da advocacia preventiva que se insere a análise de juridicidade do ato de inscrição em dívida ativa, a ser exercida privativamente pelo Advogado Público. Isso porque, ao fazê-lo, emite uma vontade

46 - CASTRO, 2003, op. cit., p. 248.

47 - SILVA FILHO, Derly Barreto e. Advocacia Pública: competência constitucional dos Estados-membros. In: *Caderno de Teses do XXVIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado: ética e estado de justiça – novas dimensões*. v. 1, 2009. Porto Alegre: Metrópole, p. 100.

estatal (o ato de inscrever em dívida ou não) como órgão do Estado que é, vinculando toda a Administração, tratando-se de uma decisão técnico-jurídica a cargo do Procurador e sob sua responsabilidade.

Tratando-se de um ato privativo de advogado, não poderia o controle de legalidade ser realizado por quem não detenha essa qualidade. Dentro da administração pública esse ato privativo de advogado (controle de legalidade do procedimento tributário) deve necessariamente ser realizado pelos advogados concursados do órgão jurídico que representa o ente político, ou seja, pelos Procuradores.

Ademais, é a Procuradoria quem executará a dívida posteriormente, sendo função típica e privativa do advogado (i) fazer o controle preventivo do ato e, por óbvia consequência, (ii) fazer a verificação de toda a documentação lhe submetida (no caso, de todo o procedimento até então instaurado pela Secretaria da Fazenda) antes do ajuizamento da ação judicial, em prol da moralidade, legalidade e eficiência.

Caterina Castro elucida que o *princípio da eficiência*:

Determina que a atividade administrativa ocorra mediante uma ação instrumental eficiente (aproveitamento maximizado e racional dos recursos humanos, materiais, técnicos e financeiros disponíveis) para obter um resultado final eficiente (atender o melhor possível, *qualitativa e quantitativamente*, as necessidades públicas<sup>48</sup>. (grifo do autor).

Nas palavras de Aldemário Araújo Castro, trata-se de “uma verdadeira pluralização de centros de poder para tornar mais eficientes os controles recíprocos no exercício das funções públicas”<sup>49</sup>.

Não é possível esperar um Estado eficiente quando o controle da juridicidade do ato de inscrição em dívida estiver alheio ao órgão constitucionalmente competente (Procuradoria). Isso porque a eventual correção do ato, como já dito, ocorrerá somente após a judicialização da causa, relegando a eficiência esperada da Administração Pública.

E eficiência quantitativa já existe, visto que diariamente são inscritos em dívida ativa diversos casos, contudo, a eficiência qualitativa não está sendo devidamente exercida, principalmente porque o controle de legalidade não está sendo exercitado pelo órgão competente.

No modelo estatal contemporâneo, nota-se a crescente preocupação com as atividades de controle. No novo cenário, destacam-se órgãos de controle cada vez mais *especializados* e, por isso, mais eficientes. Logicamente, sendo a Procuradoria o órgão técnico e especializado apto a realizar o exame da legalidade dos atos administrativos, os procedimentos ao final serão mais acertados e, assim, mais eficientes.

48 - CASTRO, 2003, op. cit., p. 244.

49 - CASTRO, 2007, op. cit., p. 2.

Nesse contexto, na lição de Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes<sup>50</sup> insere-se a atividade de controle exercida pela Advocacia Pública, a qual também se insere nos dois aspectos citados, é um *controle especializado*, pois é um órgão jurídico institucionalizado que contém também essa função, e é uma espécie de *controle técnico*, porque exige uma atividade profissional restrita (a advocacia).

Com muita propriedade, novamente, Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca:

Em consequência, toda e qualquer controvérsia que envolva interesses, em que estejam em foco a moralidade, a legitimidade e a legalidade juridicamente protegidas e, assim, *relevantes à justiça (lato sensu)*, deve expressar-se tecnicamente, na forma legalmente prescrita, pois só assim a defesa desses interesses se fará em nível aceitável de eficiência, igualando os interessados perante a lei e o Estado.

O exercício de funções *preventivas* [...] e *postulatórias* [...], que não apresentem um mínimo da necessária consistência técnica, inviabiliza o controle de *juridicidade* (moralidade, legitimidade e legalidade) e atenta contra os fundamentos constitucionais do Estado (de Justiça) Democrático de Direito.

Dessa colocação, resulta que *as funções essenciais à Justiça se constituem num conjunto de atividades políticas preventivas e postulatórias através das quais interesses juridicamente reconhecidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados, sob garantias constitucionais*<sup>51</sup>. (grifo do autor).

Todas essas funções (preventivas e postulatórias) competem privativamente à advocacia e, portanto, aos Advogados Públicos. É o órgão especializado que conferirá maior eficiência qualitativa a todo o procedimento de cobrança da dívida ativa, incluído aí a inscrição da dívida ativa.

Por esses argumentos que a União, de forma correta, inteligente e jurídica, conferiu a inscrição em dívida ativa a órgão técnico e distinto daquele que iniciou todo o procedimento fiscal.

#### 1.4. DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA AO PRESENTE CASO EM ANÁLISE

Sopesados todos os motivos que abarcam a necessidade de ser do órgão jurídico a competência privativa para a inscrição em dívida ativa tributária, cumpre-nos, então, retomar o exame dos requisitos quanto à aplicabilidade do princípio da simetria proposto por LEONCY, conforme iniciado no capítulo 2.2. Para tanto, será necessário responder se se reconhece a existência da simetria ao presente caso e, em caso positivo, se há a possibilidade e obrigatoriedade de ser aplicado o referido princípio.

---

50 - FERNANDES, op. cit.

51 - MOREIRA NETO, op. cit., p. 87.



A resposta, antecipa-se, é positiva.

Verificou-se, no presente estudo, a existência de um modelo ou padrão decisório apto a ser aplicado a todos os entes federativos. Identificou-se uma questão federativa sem solução constitucional evidente, na medida em que a CF não é expressa em determinar que a inscrição deva ser realizada pelo órgão jurídico dos Estados, DF e dos Municípios. Tal conclusão é implícita, teleológica e razoável.

Identificou-se, ainda, um *parâmetro constitucional aplicável a uma hipótese semelhante, como acontece na União. Também se identificou uma identidade de razão* entre a situação não regulada e a hipótese regulada, visto que se é o órgão jurídico que faz o controle de juridicidade da União e nos Estados, também deve fazer no âmbito municipal. Se se exige estrutura de carreira e concurso público para a União e Estados, também deve ser exigido aos Municípios. Do mesmo modo, se não podem cargos comissionados (próximo da carreira) exercerem funções privativas de procurador efetivo, significa, por consequência, que mais ainda estará vedado o exercício dessas atribuições por um agente alheio ao órgão (remota à carreira), como a Secretaria da Fazenda ou outra qualquer.

Identificou-se, ainda, a ação de princípios constitucionais comuns às duas situações, qual seja o controle interno, o exame da legalidade, eficiência, economicidade e moralidade (e boafé objetiva), além da identidade de competência da Advocacia Pública como um todo (União, Estados, DF e Municípios).

Por fim, inexistente uma “vontade” constitucional contrária, sendo irrazoável tratamento diferenciado a apenas um ente federativo que exerce a mesma função tributária/arrecadatória (com competência tributária distinta) dos demais.

O exame ontológico da inscrição em dívida ativa não deixa dúvidas quanto à competência exclusiva da Advocacia Pública para realizá-la.

Esses requisitos foram demonstrados ao longo do presente estudo, com fortes *elementos de coerência* (em favor do raciocínio por analogia), a se permitir a aplicação tranquila do princípio da simetria aos Estados, Municípios e Distrito Federal, no que se refere à competência exclusiva do órgão jurídico para a inscrição em dívida ativa (exame prévio de juridicidade).

A construção de um modelo decisório para as questões federativas sem solução constitucional evidente que tenha por base o argumento analógico exige que se definam previamente as etapas do raciocínio subjacente a essa forma de argumentação, o que foi rigorosamente cumprido.

A proposta ora esboçada procurou tomar a sério o alerta feito por Larenz, no sentido de que:

[o] desenvolvimento judicial do Direito precisa de uma fundamentação levada a cabo *metodicamente* se se quiser que o seu resultado haja de justificar-se como ‘Direito’, no sentido da ordem jurídica vigente. Precisa de uma justificação porque sem ela os tribunais só usurariam de facto um poder que não lhes compete<sup>52</sup>. (grifo do autor).

52 - LARENZ, op. cit., p. 524.

Diante desses argumentos idôneos e legítimos é que deve ser aplicado o princípio da simetria também aos demais entes políticos, principalmente aos Municípios.

O STF, nos casos em que costuma invocar o “princípio da simetria”, está essencialmente aceitando enfrentar uma série de *questões federativas sem solução constitucional evidente*. Federativas, porque envolvem a restrição da autonomia estadual, o que por si só já empresta índole constitucional a essas questões, na medida em que o regime de imposição de limites àquela autonomia constitui matéria sob reserva de Constituição (art. 18, CF). Por outro lado, dada a sua natureza constitucional, tais questões devem ser resolvidas nos quadrantes da Constituição Federal.

No presente caso, pelos argumentos levantados, não parece correta a interpretação de que os entes políticos são livres e autônomos para atribuírem a qualquer órgão, da maneira que quiserem, a competência para proceder à inscrição em dívida ativa, mas devem obediência ao padrão estabelecido na CF.

Bem verdade que são autônomos, mas essa autonomia não pode fugir à normalidade, à coerência técnica, à razoabilidade, devendo observar os rigores técnicos atrelados à competência material de cada órgão. Não se poderia, por exemplo, atribuir competência de trânsito ao órgão da saúde, assim como também não se pode atribuir controle de juridicidade a órgão que não seja jurídico, por evidente aberração. Vale dizer, a natureza de cada órgão deve e merece ser observada e respeitada.

A ausência dessa observância material enseja a inconstitucionalidade material da norma, fato esse que não tem o condão de retirar a sabida autonomia dos entes políticos, que continuarão competentes para legislar sobre matéria tributária.

Deve-se voltar ao próprio sistema jurídico dentro do qual haverá de resolver as tais questões e, nele, identificar uma solução já atribuída pelo legislador constituinte democrático a outras situações semelhantes.

Aliás, parece que é justamente isso que a Corte realiza nos casos em que invoca a “simetria” com a finalidade de aplicar aos demais entes federativos uma regra expressamente direcionada à União, valendo-se, assim, de um paradigma oferecido pelo próprio constituinte federal para, então, aplicá-lo a uma situação lacunosa semelhante.

Em outras palavras, tendo a União determinado ao órgão jurídico a competência para apurar e inscrever a dívida ativa tributária, o mesmo raciocínio e competência deve ser aplicado aos Estados, Municípios e Distrito Federal, em respeito ao pacto federativo e diante dos argumentos suso demonstrados.

Assim, o seguinte entendimento do STJ para a União merece ser estendido para todos os demais entes, na seguinte razão:

*Ao Procurador da Fazenda Nacional, membro integrante da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, compete, privativamente, apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União, tributária ou não tributária, mandar inscrevê-la para fins de cobrança, amigável ou judicial e, após a Constituição Federal de 1988, representar judicialmente a União na cobrança dos créditos de qualquer natureza inscritos em Dívida Ativa da União. [...]. Precedentes: REsp.*

n. 1.022.746/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 19.08.2008; REsp. n. 658.779/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14.06.2005; Edcl no REsp. n. 1.022.746/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.11.2008. [...].(REsp 1307984/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 28/08/2012).

Logo, leia-se:

*Ao Procurador, membro integrante da Procuradoria-Geral, seja da União, dos Estados, do DF ou dos Municípios compete, privativamente, apurar a liquidez e certeza da dívida ativa do respectivo ente político a que está vinculado, tributária ou não tributária, mandar inscrevê-la para fins de cobrança, amigável ou judicial e representar o respectivo ente na cobrança dos créditos de qualquer natureza inscritos em Dívida Ativa.*

À respeito do tema, com o objetivo de orientar todas as procuradorias municipais do país, com o fim maior de padronização e uniformização nacional das práticas executivas, a Associação Nacional dos Procuradores do Município, após ampla discussão colegiada, firmou o Enunciado n.º 102, nos seguintes termos:

**Enunciado 102 (AI IV):** É atribuição da Procuradoria do Município, enquanto órgão responsável pelo controle da legalidade, a inscrição do crédito em dívida ativa, após a sua constituição definitiva, para fins de cobrança administrativa ou judicial, devendo, para tanto, ser devidamente estruturada.

E a doutrina não destoia:

Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias deverão fazê-lo *por órgão jurídico próprio, através de seus procuradores, ou seja, de advogados especializados do Poder Público...* No DNER, a competência para inscrever sua dívida ativa (créditos de qualquer natureza inerentes às suas atividades) é da Procuradoria-Geral<sup>53</sup>. (grifo do autor).

[...] um dos requisitos essenciais para a validade da inscrição do crédito em dívida ativa é que a inscrição seja efetivada por órgão competente para tanto. [...] De forma que a inscrição efetivada por órgão incompetente é nula de pleno direito. Nula também o será, por consequência, a certidão da dívida ativa e a execução fiscal. Todavia, a nulidade da inscrição não implica a extinção da obrigação tributária ou não tributária, salvo se atingida pela decadência ou prescrição<sup>54</sup>. (grifo do autor).

Assim, é o órgão jurídico o competente para exercer o *controle administrativo de legalidade* dentro do respectivo ente político.

Por fim, mesmo que hipoteticamente não se entenda aplicável o princípio da simetria

53 - SZLAROWSKY, Leon Frejda. Execução fiscal. In: *Direito tributário atual*, n. 17, São Paulo: Dialética, 2003, p. 233TJES. Disponível em: <<http://www.tjes.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2017, p. 233.

54 - SILVA, Américo Luís Martins da. *A execução da dívida ativa da fazenda pública*. São Paulo: RT, 2001. p. 89.

ao presente caso, não há como se desvencilhar do fato ontológico de ser o órgão jurídico o único técnico e especializado a realizar o controle interno final de legalidade e prevenção dentro da Administração Pública, incorrendo em manifesta inconstitucionalidade material a lei que impõe tal competência a órgão diverso.

## 2. CONCLUSÃO

Com base nos argumentos jurídicos apresentados ao longo do presente estudo conclui-se que somente o órgão jurídico de cada ente político (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) pode realizar a inscrição em dívida ativa tributária.

Essa conclusão se substancia no fato de que o controle de legalidade (entendido como controle de juridicidade) requer (i) capacidade técnica, (ii) profissionalização, (iii) imparcialidade; (iv) legitimidade; (v) boa-fé objetiva e (vi) eficiência (qualitativa e de economia processual).

Com essa atividade, o Estado fica mais bem preparado para enfrentar os desafios de uma sociedade plural e complexa, uma vez que a análise jurídica realizada pelas Procuradorias tem o condão de trazer para a legalidade condutas que caminhavam para a ilegalidade ou lá já se encontravam.

Esse controle é interno e finalístico que, quando realizado por órgão ou autoridade diferente daquele que iniciou todo o procedimento fiscalizatório, traz mais segurança jurídica (pela oportunidade de se conferir uma dupla análise/verificação dos atos e isso gerar maior confiança ao cidadão) e eficiência (possibilidade de efetiva de consertar eventuais deficiências e ajuizar ações de forma mais segura e correta).

Não é recomendado que o controle finalístico dos atos seja exercido pela própria autoridade autuante, justamente porque a Secretaria da Fazenda possui viés econômico, parcial, arrecadatório, interesse público secundário, enquanto que a Procuradoria, dentro da Administração Pública (caráter preventivo) possui viés jurídico, imparcial, com condições de argumentação jurídica e sopesamento entre eventuais conflitos existentes entre o interesse público primário e o secundário, além de ser órgão autônomo e exercer típica função de Estado.

Por exercer função de Estado a Advocacia Pública não defende os interesses particulares do Governante ou do Governo, mas sim unicamente os interesses públicos do próprio Estado, como pessoa jurídica de direito público que tem função servir à sociedade. Por vezes os interesses da Administração e da sociedade são conflitantes, devendo prevalecer este sobre aquele em eventuais conflitos, cuja análise e decisão compete exclusivamente à Advocacia Pública no âmbito administrativo.

Outrossim, a Lei já confere competência privativa ao advogado para a postulação em juízo e para as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, sendo certo que a atuação preventiva da administração pública se insere dentro do contexto da *consultoria jurídica*. E no âmbito da administração pública é a Procuradoria o órgão competente para interpretar a legislação em última instância, sendo o advogado público quem possui a autoridade intelectual à promoção

da escorreita aplicação do Direito pelos órgãos estatais, e que tem a potencialidade de prevenir a instauração de litígios potencialmente ruinosos para o Poder Público.

É no ato da inscrição, como derradeira oportunidade da Administração dentro da esfera administrativa, que se verifica se os atos administrativos praticados seguiram o ordenamento jurídico. Após a inscrição apenas resta o ajuizamento da execução fiscal, cuja competência também é privativa da Advocacia Pública.

Além disso, a competência da Secretaria da Fazenda se esgota com a constituição definitiva do crédito tributário (e é onde se inicia o lapso prescricional) e nasce a competência da Advocacia Pública. A inscrição da dívida ativa (exame de juridicidade de todo o procedimento) representa o primeiro ato do procedimento de cobrança da dívida.

Sendo o advogado o competente para analisar toda a documentação e procedimentos realizados antes do ajuizamento de qualquer ação, não é aceitável (por ferir tanto a legalidade quanto a eficiência/economicidade) que se permita que o controle de legalidade seja exercitado pelo órgão jurídico somente posteriormente, dentro de um processo já judicializado, quando da análise de uma eventual interposição de embargos, exceção de pré-executividade e outros recursos.

O controle de legalidade exercitado pelo órgão jurídico ainda na esfera administrativa, no momento da inscrição em dívida, traz maior eficiência e economicidade à Administração Pública e ao próprio cidadão, visto que as chances de se ajuizar uma ação viciada ou desnecessária são drasticamente reduzidas por um controle técnico prévio.

Não pode, assim, outro órgão assumir competência que cabe exclusivamente à advocacia, ou seja, a órgão jurídico, sob pena de ilegalidade e inconstitucionalidade material.

Impedir que o controle de juridicidade seja exercido por quem é legítimo e competente para tal, como a Advocacia Pública, é andar na contramão da efetividade e da economicidade. E não apenas isso, é desrespeitar o cidadão contribuinte, a boa-fé objetiva, a moralidade, desvirtuando a existência do próprio Estado Democrático de Direito.

Essas são as razões ontológicas pelas quais a União expressamente conferiu ao órgão jurídico a competência para a inscrição em dívida ativa tributária, que devem ser repetidas e obedecidas pelos demais entes da federação.

A simetria pode ser verificada porquanto existe identidade de razão (elementos de coerência) entre as funções da advocacia pública estatal em todas as esferas – que permite o raciocínio por analogia e um parâmetro constitucional – sendo injustificada qualquer discriminação ou tratamento diferenciado à apenas um ente, qual seja, o Município.

Diversos Tribunais pátrios já decidiram quanto à necessidade de concurso público para a atuação de toda advocacia pública, inclusive a municipal, evidenciando a sua existência, a profissionalização e especialização do órgão, bem como sua necessidade e importância na atualidade. Isso porque cada ente tem suas competências delimitadas pela CF e são notórias as constantes demandas envolvendo políticas públicas (saúde, educação, assistência social, meio ambiente, direito urbanístico, transporte, acessibilidade etc), ficando impensável, no momento atual, se entender a Procuradoria do Município como sendo algo dispensável à federação.

Não é por menos que é considerada *função essencial à justiça* (ao lado do Ministério Público, da Advocacia Privada e da Defensoria Pública, sem subordinação direta e sem hierarquia de essencialidade a nenhum dos três poderes) e está implicitamente abarcada pela Constituição Federal e expressamente referida em diversos diplomas legislativos infraconstitucionais (como a lei de improbidade administrativa, a lei de licitações, a lei da ação civil pública, a lei da ação popular, a lei do mandado de segurança, a lei do mandado de injunção, a lei anticorrupção etc), que apenas atestam essa conclusão.

A norma constitucional que institucionaliza a Advocacia Pública está revestida de eficácia vinculante para todas as unidades federadas e inexistente qualquer mandamento expresso em sentido contrário.

Com todas essas considerações existe manifesta incompatibilidade vertical com os arts. 131 e 132, da CF quando determinada lei local confere a inscrição em dívida ativa a qualquer outro órgão administrativo que não o órgão jurídico (Procuradoria).

Existindo características semelhantes entre a atuação jurídica de todos os entes o tratamento isonômico entre eles é medida que se impõe.

Conferir tratamento diferenciado acerca da competência para a inscrição em dívida ativa tributária de modo diverso e livre para cada ente seria interpretar a Constituição apenas textualmente, ao arrepio de uma interpretação mais acurada e consistente - baseada na interpretação sistemática e teleológica, que leva em consideração principalmente a natureza jurídica dos órgãos administrativos.

Diante de todo o exposto, embora seja da competência concorrente dos entes legislar sobre direito tributário esse fato não autoriza que a determinação quanto à autoridade a quem competirá o ato de inscrição em dívida seja livre e discricionária do ente federativo. A única autoridade possível, legítima, apta e competente para a inscrição em dívida ativa tributária é o órgão jurídico (Procuradoria) do respectivo ente.

Significa que toda legislação que contrariar esse preceito é eivada de vício de inconstitucionalidade (arts. 18, 24, §§ 1º e 3º, 25, 37, 74, 131, 132, da CF e art. 11, do ADCT) e ilegalidade (art. 1º, II, do EOAB; art. 2º, §§ 3º e 4º, da LEF), merecendo ser imediatamente revista (i) pelo próprio Poder Executivo do respectivo ente ou (ii) pelo Poder Judiciário em caráter repressivo, inclusive tratando dos efeitos jurídicos dessa declaração.

Assim, a concretização do verdadeiro papel do Advogado Público exige conscientização e mudança de postura, que só advirão quando os seus integrantes se atinarem precisamente para o alcance das atribuições confiadas a eles pelo legislador constituinte.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CASTRO, Aldemário Araújo. A advocacia pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1630, 18 dez. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10772/a-advocacia-publica-como-instrumento-do-estado-brasileiro-no-controle-da-juridicidade-dos-atos-da-administracao-publica>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

CASTRO, Caterina Vasconcelos de; ARAÚJO, Francisca Rosileide de Oliveira e TRINDADE, Luciano José. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito: reflexões jurídicas acerca dessa instituição estatal essencial à justiça. In: *Revista da Procuradoria Geral do Acre*, Rio Branco, n. 3, p. 213-253, jan./dez. 2003.

CORRÊA, Rafael Gomes; MARTINS, Maria Carolina; PELOSINI, Ortiz. Advocacia pública municipal é fundamental. In: *Consultor Jurídico*, São Paulo, 1 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-01/advocacia-publica-municipal-fundamental-aplicacao-justica>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Cláudio Smine. Advocacia pública nos municípios: participação no controle interno e estruturação da carreira. In: *Centro de estudos e aperfeiçoamento funcional do MPPR*. Disponível em: <[http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/advocacia\\_publica.pdf](http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/advocacia_publica.pdf)>. Acesso em: jul. 2017.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Advocacia pública e sua função de controle no modelo brasileiro contemporâneo. In: *Diritto & Diritti*, Ragusa (Itália), 28 out. 2010. Disponível em: <<https://www.diritto.it/advocacia-publica-e-sua-funcao-de-controle-no-modelo-brasileiro-contemporaneo/>>. Acesso em jul. 2017.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *Advocacia Pública: estudo classificatório de direito comparado*. In: *Interesse Público*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano XI, n. 54, p. 77-107, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 524.

LEONCY, Léo Ferreira. Uma proposta de releitura do “princípio da simetria”. In: *Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 nov., 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-24/observatorio-constitucional-releitura-principio-simetria>>. Acesso em: jul. 2017.

MADUREIRA, Claudio Penedo. Poder público, litigiosidade e responsabilidade social. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 11, n. 126, p. 9-22, ago. 2011. Material da 5 aula da disciplina Fazenda Pública em Juízo, ministrada no Curso de Pós-Graduação de Direito Público-Anhanguera-Uniderp I Rede LFG, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as Procuraturas constitucionais. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 45, p. 41-57, 1992.

PAULSEN, Leandro; et al. *Direito Processual Tributário: Processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*. 7. ed. revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PORTO, Éderson Garin. *Manual da execução fiscal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

QUEIROS, Cid Heráclito de. In: Dívida Ativa – Inscrição. Luciano Benévolo de Andrade. *Revista de direito tributário*, São Paulo: RT, jul./set. 1991, p. 143-144.

ROCHA, Mário Túlio de Carvalho. A unicidade orgânica da representação judicial e da consultoria jurídica do Estado de Minas Gerais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, p. 169-197, jan./mar. 2001.

SCHREIBER, Rafael. Razões pelas quais a inscrição em dívida ativa tributária deve ser feita pela Procuradoria e não pela Secretaria da Fazenda. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5146, 3 ago. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59482>>. Acesso em: 10 ago. 2017.



SILVA, Américo Luís Martins da. *A execução da dívida ativa da fazenda pública*. São Paulo: RT, 2001.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. Advocacia Pública: competência constitucional dos Estados-membros. In: *Caderno de Teses do XXVIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado: ética e estado de justiça – novas dimensões*. v. 1, 2009. Porto Alegre: Metrópole.

STF. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 15 jul. 2017.

STJ. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 15 jul. 2017.

SZLAROWSKY, Leon Frejda. Execução fiscal. In: *Direito tributário atual*, n. 17, São Paulo: Dialética, 2003, p. 233. TJES. Disponível em: <<http://www.tjes.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

TJMG. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

TJSC. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

TJSP. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

TJRS. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

