

# Parecer Cível (em Ação Popular)

Pedro Bezerra Filho  
(Promotor de Justiça)

Versam os presentes Autos de Ação Popular intentada por \*\*\* e \*\*\* contra \*\*\* e outros.

Alegam os Autores que o Estado do Amazonas firmou acordo extrajudicial de redução de dívida com a Empresa \*\*\* do Amazonas S., onde há fortes indícios de ilegalidade e lesividade ao patrimônio Público, vez que o débito de ICM da Empresa para com o fisco estadual era de “21 milhões de reais”, tendo sido reduzido para “13 milhões de reais”.

Aduzem ainda que o fiscal de tributo estadual, o Réu \*\*\* recebeu a título de participação na multa o valor de R\$ 494.435,04 (Quatrocentos e noventa e quatro mil, quatrocentos e trinta e cinco reais e quatro centavos), que com os descontos legais importou a quantia líquida de R\$ 299.185,06 (Duzentos e noventa e nove mil , cento e oitenta e cinco reais e seis centavos).

Argumentam os Autores ainda que o fiscal/Réu foi designado para proceder a fiscalização na Empresa/Ré, tendo iniciado e terminado o procedimento tributário-administrativo “de apuração da infração”, sem, contudo, lavrar o competente Auto de Infração e Notificação, infringindo assim, o Art. 211, da Lei n.º 1.320/78. Não havendo, no caso, poder discricionário do Réu face à imposição legal, sendo ato vinculado e obrigatório.

Acreditam os autores que a autoridade administrativa não possuía competência “para exigir ou aceitar que o agente fiscal não lavrasse o Auto de infração, bem com firmar acordo de redução de dívida da empresa em questão”.

Argüem, outrossim, que o pagamento ao Réu a título de participação na multa foi realizado ao arrepio da Lei n.º 1.932/89 e do Decreto n.º 12.816, vez que se houve acordo, não houve Auto de Infração, que é a motivação para a participação, sendo, portanto, o AINF pressuposto bási-

co para o pagamento decorrente da participação, qual seja, “a multa efetivamente arrecadada”. Configurando, portanto, que o dinheiro recebido pelo Réu foi proveniente dos cofres públicos, o que constitui ilegalidade, lesiva aos cofres públicos e sujeita a anulação via Ação Popular.

Alegam, outrossim, os Autores que o mencionado pagamento feriu o dispositivo constitucional estadual, insculpido no Art. 109, § 6.º, que estabelece limites entre os ganhos dos três Poderes.

Requerem, finalmente, várias diligências, já efetivamente realizadas, assim como a condenação do Réu \*\*\* e dos demais servidores que receberam participação na multa mencionada à “devolução imediata dos valores percebidos, devidamente atualizados, sob pena de seqüestro e penhora de tantos bens quanto forem necessários à restituição desses valores, nos termos do Art. 14, § 4.º, da Lei n.º 4.717/65”. Assim como a citação dos responsáveis e beneficiados pelos atos impugnados, mencionados na inicial.

Despacho inserto às fls. 25 determinou a citação dos envolvidos, assim como a intimação do Ministério Público, além da requisição dos documentos, estipulando, para tanto, o prazo de 30 dias.

Em Ofício datado de 12-03-96, o Sr. Secretário de Estado da Fazenda presta informações solicitadas pelo Juízo, aduzindo, para tanto, que: a) O procedimento fiscal-tributário junto à Empresa/Ré foi iniciado em 05-05-94; b) Como já se sabia, o Fiscal designado foi o Réu \*\*\*; c) O valor do débito levantado, devidamente atualizado à época foi de R\$ 9.877.835,11 (Nove Milhões, Oitocentos e Setenta e Sete Mil, Oitocentos e Trinta e Cinco Reais e Onze Centavos); d) Com o valor da penalidade (juros e multa), se aplicada integralmente, o débito seria à época de R\$ 21.312,050,04 (Vinte e Um Milhões, Trezentos e Doze Mil, Cinqüenta Reais e Quatro Centavos); e) A base legal do Acordo (Termo de Confissão de Dívida e Compromisso de pagamento) foi o Art. 134, do RICMS, aprovado pelo Decreto n.º 11.773/89; f) Que não foi lavrado Auto de Infração e Notificação Fiscal e que o pagamento da participação na multa do Réu \*\*\* decorreu de autorização do Sr. Governador do Estado à época, face da solicitação do então Secretário de Fazenda; g) Não houve processo instaurado com base no Art. 215 do Código tributário, em razão do

acordo, nos termos do Art. 117, do Regulamento do Processo Tributário Administrativo, aprovado pelo Decreto n.º 4.564/79.

O Estado do Amazonas contesta a ação às Fls. 250, aduzindo, em síntese, que tem interesse na apuração da verdade dos fatos, requerendo, finalmente, em caso de procedência da ação, o direito de regresso contra os culpados.

Devidamente citado, o Réu \*\*\*, contesta a ação às fls. 257/271 arguindo em preliminar que os AA. não anexaram os respectivos títulos eleitorais, como determina a lei que rege a Ação Popular, no seu § 3.º, do Art. 1.º, não possuindo os mesmos legitimidade “ad causam”, pedindo a extinção do processo com base no Art. 267, IV, VI, do CPC.

Requer, outrossim, em preliminar, a extinção do processo por inépcia da inicial fundado na tese de que “o Judiciário não pode anular um acordo que nunca existiu, o que existiu foi um TERMO”.

Apona, ademais, erro dos AA. na indicação do pólo passivo ao apontar o Governo do Estado do Amazonas, entidade do Estado do Amazonas, sendo, pois, parte ilegítima na demanda e não foi citado validamente. Que tal nulidade e ilegitimidade sejam reconhecidas de ofício pelo Juiz do feito.

Argumenta, ainda, que deve ser citado como responsável pelo pagamento o Sr. \*\*\*, assim como todos os beneficiários na participação na multa, nos termos de suas respectivas responsabilidades.

No mérito, diz que o pagamento a si realizado foi perfeitamente legal, pois foram seis meses de cansativo trabalho. Que, após o trabalho, só faltando a lavratura do Auto de Infração, recebeu ordem de encerramento da ação fiscal, a que teve de se submeter, pelo dever de obediência. Porém seu direito ao recebimento da participação é de justiça; porque a multa aplicada ao contribuinte faltoso foi pelo mesmo integralmente reconhecida e paga.

Esclarece, ainda, que o valor recebido não fere o Art. 109, § 6.º, da Constituição Estadual, consoante parecer oriundo da PGE.

Requer, ainda finalmente, a improcedência da ação.

Devidamente citado o Réu \*\*\*, contesta a ação às Fls. 363/369, arguindo que estão ausentes os pressupostos da Ação Popular, quais

sejam, ilegalidade e lesividade, razão pela qual entende ser incabível o tipo à espécie.

Alega, ainda, que o crédito apurado pelo outro Réu \*\*\* foi de R\$ 13.409.781,97 (Treze Milhões, Quatrocentos e Nove Mil, Setecentos e Oitenta e Um Real e Noventa e Sete Centavos) e que houve entendimento com o então Governador do Estado, Sr. \*\*\* no que resultou na assinatura do Termo de Confissão de Dívida e a compensação de um crédito da Empresa/Ré, o restante foi parcelado.

Acrescenta ainda que a base legal para a assinatura do Termo foi o Art. 108, da Lei n.º 320/78, que instituiu o Código Tributário do Estado, assim como o Regulamento do Processo Tributário-Administrativo, em seu Cap. VII, Arts. 117 e seguintes. No Art. 131 do mesmo diploma legal está expresso que o pedido de parcelamento será decidido pelo Secretário de Fazenda, quando o débito fiscal for superior a duzentas UBA's.

Requer, finalmente, a improcedência da Ação.

Devidamente citada, a Ré \*\*\* contesta a ação às Fl. 380/397, aduzindo, em síntese, que deverá haver a formação de um litisconsórcio passivo necessário entre os servidores que participaram do rateio da multa.

Postula a citação do Sr. \*\*\* assim como do Coordenador de Arrecadação.

Entende, ademais, que a anulação do negócio jurídico havido entre a Contestante/Ré e o Estado do Amazonas – SEFAZ é uma ação e a anulação do ato administrativo de que resultou a participação dos fiscais na multa é outra. Pois nos termos do Art. 292, do CPC, só é permitida a acumulação de pedidos, se os pedidos forem contra o mesmo Réu. Cita a jurisprudência pela qual, nestes casos, deve o Juiz desmembrar as ações, que correrão em processos separados. É o que postula.

Argumenta que na hipótese ocorre a impossibilidade jurídica do pedido dos AA. face à impossibilidade do Judiciário de determinar que a SEFAZ designe outros fiscais para procederem à lavratura de auto de infração, pois ocorreria a interferência indevida de um Poder sobre o outro.

Requer, outrossim, indeferimento da petição inicial face a ausência dos documentos essenciais à propositura da ação, nos termos dos §§ 4.º, 6.º e 7.º, do Art. 1.º da Lei n.º 4.717/65.

Acrescenta que a Ré/Contestante possuía um crédito de ICM, fruto de decisão judicial definitiva, conforme cópias às Fls. 407/448, que utilizou para abater o montante da dívida, objeto da presente ação. Protestando pela legalidade da transação.

Requer, finalmente, a improcedência da ação.

Em decorrência de Despacho às Fls. 453, os AA. retornam aos autos para argumentar, em síntese, que devem ser citados os Srs. \*\*\* (sub-secretário da Fazenda), \*\*\*, \*\*\*, \*\*\*, assim como todos os fiscais que receberam rateio derivado da fiscalização. Pede ainda a citação de \*\*\*, ex-Coordenador de Arrecadação, \*\*\*, ex-Coordenador da Fiscalização e \*\*\*, ex-Chefe do Núcleo de Fiscalização Sobre o Contribuinte, o primeiro pode assinar o termo de Confissão de Dívida e Compromisso de Pagamento, os dois últimos, por determinarem o encerramento da ação fiscal, sem a lavratura do Auto de Infração e Notificação Fiscal.

Acrescenta que o valor correto do rateio entre os fiscais seria de R\$ 197.062,82 (Cento e Noventa e Sete Mil, Sessenta e Dois Reais e Oitenta e Dois Centavos) em desconformidade com os R\$ 208.113,72 (Duzentos e Oito Mil, Cento e Treze Reais e Setenta e Dois Centavos) efetivamente pago, conforme nota manuscrita no rodapé do memorando de Fl. 287. Quem autorizou o pagamento da diferença?

Requer, finalmente, ao Juízo que requirite junto à SEFAZ o nome de cada fiscal que recebeu valores do rateio, assim como o “quantum” recebido por cada um. Assim como a nota de empenho relativo ao pagamento do rateio.

Em Despacho de Fl. 464, o Juízo determina as citações requeridas.

Em Ofício datado de julho do corrente ano, o Sr. Secretário de Fazenda presta as informações solicitadas, anexando Notas de Empenho n.ºs 02453 e 02454, de 13-12-94, em que consta a rateio entre os agentes fiscais não-autuantes; Nota de Empenho n.º 02374, de 05-12-94, referente à Folha de Pagamento Especial da participação do Réu \*\*\* na multa em análise; Relação nominal dos demais agentes fiscais que tiveram participação no rateio, assim como os respectivos valores.

Devidamente citados, os funcionários públicos: \*\*\*, \*\*\*, \*\*\*, \*\*\*, \*\*\* apresentam contestação às Fls. 499/503, aduzindo, em preliminar, que a servidora \*\*\*, deve ser excluída da relação processual, posto que não está caracterizada a sua condição de responsável e tão pouco a de beneficiária do pagamento da participação em multas, objeto desta ação. Pois a mesma não é ordenadora de despesa e não possuía qualquer interesse pessoal no pagamento em questão, tendo atuado no episódio cumprindo ordens legais. Cita o Art. 149, III, da Lei n.º 1.672/86.

Quanto ao mérito, aduzem, em síntese, que o pagamento da participação na multa foi feito de forma regular, pois consubstanciado no Termo de Confissão de Dívida e Compromisso de Pagamento.

Acrescentam que o referido pagamento ficou condicionado à efetiva arrecadação do montante pactuado no termo, devidamente parcelado, dando cumprimento ao comando legal, qual seja, a Lei n.º 1.932/89, quando fala em “multas efetivamente arrecadadas”.

Postulam, finalmente, a improcedência da ação.

O Réu \*\*\* contesta a ação às Fls. 520/527, alegando, em síntese, que sua participação ao autorizar o pagamento do percentual impugnado limitou-se a mero ato de cumprimento da lei estadual que criou o Fundo de Incentivo à Produtividade Fiscal, Lei n.º 1.932/89.

Acrescenta ainda que a elaboração da mencionada lei atendeu a ato complexo, pois envolveu os Poderes Legislativos e Executivos, entrelaçando várias vontades, que se unificam, concluindo com “a sanção”.

Argüi ainda que, quando após o seu “autorizo”, para permitir o pagamento ora impugnado, apenas cumpriu a lei mencionada, de cuja elaboração ou sanção não participou. E até aquela data a mesma estava em vigor, não tendo sido arguida a sua inconstitucionalidade.

Argüi, outrossim, que o percentual por ele autorizado referia-se à letra “b”, do inciso II, do Art. 2.º, da mencionada lei, onde não era mister a lavratura do auto, bastava o recolhimento da multa. Portanto, a autorização foi dada aos agentes fiscais que não tinham sido contemplados na alínea “a”, do citado artigo.

Esclarece, ademais, que a transação com a Empresa/Ré deveu-se ao “meio rápido e eficaz de recolher o que era devido ao Estado, sem os per-



Diz textualmente o dispositivo mencionado:

“.....

§ 3.º – A prova da cidadania, para ingresso em juízo será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.

No caso em análise devemos adotar a interpretação denominada de racional para a norma apontada. Como é do conhecimento geral, um dos componentes das referida interpretação é o argumento “a contrário *sensu*”.

Tal argumento é o componente da interpretação lógica que atualiza o fato de que a lei sempre faculta a conclusão pela exclusão, dada a regra hermenêutica que afirma que as exceções devem vir sempre expressas. Assim, sempre é possível admitir direitos interpretando pelo que não está proibido.

Ora, é público e notório o fato de que os AA. são Senador da República e Deputado Estadual, respectivamente. De conseqüência, deve-se racionalizar acerca das condições de elegibilidade. A Constituição Federal, após enumerar as condições de elegibilidade (Art. 14, § 3.º), remete-as à lei que, no caso, é lei ordinária. Algumas delas, porém, independem de lei infraconstitucional e o próprio texto maior já discrimina, dando-lhe uma característica de imutabilidade, como, por exemplo, a condição de nacionalidade brasileira, e a idade mínima para uma pessoa se eleger aos diversos cargos eletivos.

O ilustre prof. Joel José Cândido, na sua obra *Direito Eleitoral Brasileiro*, enumera as condições de ilegitimidade: 1) Nacionalidade Brasileira, (Art. 12, I e II); 2) Exercício dos Direitos (Aquisição pelo nascimento); 3) Domicílio Eleitoral na Circunscrição; 4) Alistamento Eleitoral (Aquisição pela qualificação e inscrição do eleitor); 5) filiação partidária; 6) Idade.

Arremata o insigne mestre: *Por isso, pode-se dizer que é impossível a um elegível não ser eleitor.* (Grifei)

Ademais, diante do exposto, aplica-se o dispositivo no Art. 334, I do Código de Processo Civil, que diz: 334 – *não dependem de provas os fatos: I – notórios.*

Logo, deve ser repelida a preliminar suscitada pelo Réu.

Em outra preliminar, pede o Réu a extinção do Processo face à inépcia da inicial por conter “pedido juridicamente impossível”, quando os AA. postulam a anulação do acordo extrajudicial ora impugnado, firmado pelo Estado do Amazonas e a \*\*\*, sob o argumento de que o “Judiciário não pode anular ato que jamais existiu”.

Alega ainda o Réu que os AA. nominaram equivocadamente um dos integrantes do polo passivo como Governo do Estado do Amazonas.

Embora a redação da peça não esclareça o suficiente, percebe-se a intenção do Réu em atacar a terminologia usada pelos AA. quando se referem à transação em análise. Ora, usar o termo “acordo extrajudicial”, e não “Termo de Confissão de Dívida e Compromisso de Parcelamento”, em nada modifica a realidade fática da existência de um acordo firmado pelas partes mencionadas, colocado sob a análise do Judiciário para verificação de sua legalidade e/ou lesividade ao patrimônio público. A apuração destes requisitos independem do “*nomem iuris*” dado ao mesmo, importando, outrossim, o seu conteúdo intrínseco face aos comandamentos legais em vigência e sem descuidar da moralidade, que deve sempre nortear tais iniciativas.

Ressalte-se, ademais, que a indicação pelos AA. do Governo do Estado do Amazonas, *data venia*, não acarreta nenhuma nulidade, vez que o Estado do Amazonas compareceu a lide, conforme se depreende de contestação inserta à Fl. 250. Aplicável, à espécie, o disposto no § 1.º do Art. 214, do CPC.

Insubsistentes, portanto, as preliminares arguidas pelo Réu, devendo as mesmas serem repelidas.

O Réu \*\*\*, em contestação à Fl. 363/369, não obstante a falta de clareza, argüi em preliminar a inexistência das condições da Ação Popular, quais sejam, Lesividade e Ilegalidade.

Embora devamos nos estender mais sobre tais tópicos na análise do mérito, até por questão de logicidade, não devemos nos furtar a um olhar perfunctório sobre o tema.

Inegável a ilegalidade do pagamento a título de participação ao Réu \*\*\* na pretensa multa aplicada na Empresa \*\*\* S.A., pois ao arrepio do

comandamento legal insculpido no Art. 2.º da Lei n.º 1.932/89 c/c Art. 2.º do Decreto n.º 12.816/90. A lesividade, como vai ser demonstrada, é uma decorrência inevitável.

Estando, pois, presentes os requisitos intrínsecos da Ação Popular, afastada deve ser a preliminar suscitada.

A Ré \*\*\*, em contestação argüi as seguintes Preliminares: a) A formação de litisconsórcio necessário entre os Réus e todos os servidores que participaram da mesma multa; b) Impossibilidade de cumulação de ações, pois entende que a postulada anulação do negócio jurídico havido entre a Contestante e o Estado do Amazonas – SEFAZ é uma ação e a anulação do ato administrativo de que resultou a participação dos fiscais na multa é outra, daí decorre a necessidade do desmembramento de ações, nos termos do Art. 292, do CPC; c) Impossibilidade jurídica do pedido, pois os AA postulam que seja determinado à SEFAZ designação de outros fiscais para procederem a lavratura de auto de infração, o que ensejaria uma intromissão indevida de um Poder (Judiciário) sobre o outro (o Executivo); d) Falta de documentos essenciais à propositura da ação.

No que concerne à primeira preliminar argüida, despicienda de análise face ao litisconsórcio postulado já se encontrar perfeitamente formado nos autos.

Quanto ao argumento da cumulação de ações, pedimos *venia* para discordar da tese esgrimada. O pedido dos AA. para anular os dois atos; o negócio jurídico entre as partes mencionadas e o ato administrativo que determinou o ato da quantia a título de participação na multa devem ser analisados conjuntamente, pois a moralidade administrativa, entendemos, deve ser elemento comum a ambos, sobrepondo-se, ademais, até, a ilegalidade e lesividade mas formando, outrossim, um só feixe jurídico para a necessária análise.

Não devemos descurar, outrossim, que se trata, *in casu*, de uma Ação Popular e não de um negócio jurídico entre particulares. Aqui, o interesse público transcende ao privado. Ilógica a análise separada de atos administrativos encadeados entre si. A simples presença de uma Empresa privada não descaracteriza o fato de que há uma decorrência lógica e concatenada entre ambos os atos. Entendemos, portanto, que há pluralidade

de pedidos, mas todos conexos entre si, envolvendo a Administração Pública, tendo como uma parte/Ré um particular. Nada, pois, autoriza a separação.

Somos pelo acolhimento da preliminar.

Outra preliminar diz respeito à impossibilidade jurídica do pedido face a pretensa ingerência de um poder sobre o outro.

Desnecessário, por motivos óbvios, argumentar que, dada a natureza multifária da própria ação, certos pedidos formulados pelos AA. não dizem respeito ao mérito da “questio”, cabendo sua análise como inserida no contexto maior do deslinde da ação.

Senão vejamos, “ad argumentandum”, o objetivo maior de anular o negócio jurídico entre o Estado do Amazonas e a Empresa \*\*\* S.A. por ilegalidade e/ou lesividade, uma vez conseguido, não ensejaria uma nova fiscalização na empresa?

Até porque o próprio Estado do Amazonas antecipou-se a questão, pois informa, à Fl. 251, que *Em consequência do referido ato administrativo, foi expedido em 23-02-95, o documento de ação fiscal – DAF, bem como uma intimação à empresa \*\*\* AMAZONAS S.A., visando a revisão da ação fiscal que ensejou o acordo motivador da presente ação.*

Não há, pois, em que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, razão pela qual deve ser afastada mais esta preliminar.

Não tem melhor sorte a Ré ao arguir a preliminar sobre a falta de documentos essenciais à propositura da ação.

Entendemos que, no capítulo concernente ao fulcro da controvérsia, o autor popular deverá, logicamente, ao momento da petição inicial, juntar a prova documental de que disponha. O que em nada descaracteriza o direito de pedir dos AA., vez que podem requerer, como fizeram, a requisição junto às entidade sindicadas dos documentos necessários e até as certidões de que fala a Ré, além de outros assentamentos.

O espírito da lei é tão abrangente no quesito apuração probatória que concede ao juiz o poder de arrecadá-las (as provas) de ofício.

Desprocede, portanto, a alegação da Ré, devendo ser acolhida mais esta preliminar.

Outra preliminar suscitada diz respeito a exclusão do pólo passivo da ação a servidora Iolanda Pereira Parente sob o fundamento de não está caracterizada a sua condição de responsável e tão pouco a de beneficiária do pagamento impugnado.

Com efeito, não consta o nome da servidora na relação fornecida pela SEFAZ, onde se mencionam os nomes dos beneficiários do rateio referente ao Fundo de Participação de Incentivos à Produtividade Fiscal, inserto às Fls. 494/495.

Ademais, não é a servidora ordenadora de despesa, tendo agido mediante ordens, que considerou respaldadas em lei.

Face ao exposto, somos pelo acolhimento da preliminar suscitada para excluir da relação processual, notadamente do pólo passivo da ação a servidora Iolanda Pereira Parente.

## 2. Do pedido de citação dos membros do Poder Legislativo que participaram da elaboração da Lei n.º 1.932/89.

O Réu \*\*\*, em contestação às Fls. 520/527, requer a citação de todos aqueles que participaram da elaboração da Lei n.º 1.932/89 vez que “quando o Contestante no documento de Fl. 280 apôs o seu autorizo, para que fosse efetuado o pagamento da participação na multa imposta à Empresa \*\*\* do Amazonas S.A., em favor do fiscal de Tributos \*\*\*, apenas fez cumprir a lei nº 1.932/89 de cuja elaboração ou sanção não participou.

Insubsistente e inócua a tese esgrimada, pois não encontra ressonância no arcabouço probatório e muito menos no ordenamento jurídico vigente à época do ato impugnado.

Convém lembrar, “prima facie”, a utilização inadequada da teoria do ato complexo para justificar o injustificável.

O ato complexo, no entender do mestre José Cretella Júnior, na sua obra “Dos Atos Administrativos Especiais”:

É aquele ato administrativo que só se concretiza pela manifestação, concomitante ou sucessiva, de mais de um órgão do Estado, quer singular, quer coletivo”.

No caso em análise, inexistente ato complexo, pelo menos não com a conotação que se quer dar ao mesmo.

Pelo raciocínio do Réu, o ato autorizado nada mais foi do que cumprir à letra fria da lei, que na essência, era ilegal. Ou seja, ato praticado pelo Réu é ilegal, porque nada mais foi do que a exteriorização defeituosa da lei, simples decorrência dessa deformidade legal.

Nada mais enganoso trilhar tal raciocínio. A lei mencionada contém o seguinte comandamento no Art. 2.º:

Art. 2.º – O Fundo de Incentivo à Produtividade Fiscal, de que trata o artigo anterior, que terá como base a multa efetivamente arrecadada, DECORRENTE da lavratura de Auto de Infração e Notificação Fiscal e Auto de Apreensão, será administrado pela Secretaria de Estado da Fazenda que aplicará os recursos da seguinte forma: (grifei).

Portanto, quando o Réu após seu “autorizo” no documento impugnado, o fez em desacordo com o que está ali efetivamente estatuído. Ou seja, o Fundo de que trata a lei tem como pressuposto fático, a uma, a multa efetivamente arrecadada e, a duas, a ocorrência da lavratura do competente Auto de Infração e Notificação e Auto de Apreensão, conforme o caso, logicamente.

Face ao contido na norma apreciada conclui-se, pois, inexistir ali ato complexo. O ato do Réu, ao contrário, deveria ser o vinculado, conforme conceitua o Prof. José Cretella Júnior, na obra citada, como: “São os atos administrativo que se concretizam pela vontade condicionada ou cativa da Administração, abrigada a manifestar-se positivamente, desde que o destinatário ou interessado, no caso, tenha preenchido todos os requisitos fixados “a priori” pela lei”.

Desprovida, portanto, de qualquer conteúdo jurídico, ou mesmo lógico, a postulação do Réu, razão pela qual deve ser indeferida de plano.

Vencida a análise das preliminares, cumpre a verificação do:

### 3. Mérito

Adota-se na presente abordagem o seguinte desdobramento lógico:

#### 3.1. Do tempo de confissão de dívida e compromisso de pagamento.

O Réu \*\*\*, Fiscal de Tributos do Estado do Amazonas foi designado para proceder fiscalização na Empresa \*\*\*.

No dia 5 de maio de 1994, o Fiscal/Réu lavrou o competente “termo de Início de Fiscalização”. Tendo a mesma, fiscalização, estendido-se até o dia 18 de novembro de 1994, quando, no “Termo de Enceramento de Fiscalização” historia o apurado, concluindo que:

“1 – que a empresa nos meses de agosto, setembro, outubro e 1.<sup>a</sup> quinzena de dezembro do exercício de 1990, apropriou, em sua Conta Gráfica, Crédito Fiscal indevido denominado de “ajuste para percepção de incentivos/ICMS antecipado na importação”, que concorreu para a falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$ 27.85, que, com os acréscimos legais calculados até 01-08-94, perfaz o montante de R\$ 823.714,10”

Prossegue, nos itens seguintes, em um total de 4, especificando datas e montantes que a Empresa/Ré se apropriou, deixando de recolher, de ICMS.

Do valor global apurado devemos no valor da explicação, acrescentar-se, extremamente didática, do atual secretário de Fazenda em informações prestadas à Fl. 48, assim resume.

Quadro 1 – LEVANTAMENTO FISCAL EFETUADO. (COM MULTA DE 100%: R\$ 21.312.050,04.

Quadro 2 – ACORDO GOVERNO-EMPRESA MULTA 20%: R\$ 13.409.781,95.

Claúsula Segunda – Sentença Judicial R\$ 8.972.975,00

Claúsula Quinta – Assinatura R\$ 1.000.000,00

Em 30.11.94 R\$ 2.500.000,00

Em 20.12.94 R\$ 936.806,96.

Depende-se de simples leitura dos percentuais acima mencionados que existem dois valores bem diferenciados. E a diferença decorre da não aplicação de uma multa de 100% e da incidência de multa 20%.

Em algum momento, alguém, certamente um dos Réus, decidiu de maneira altruística, abrir mão do percentual de 100% de multa, para aplicar somente 20%.

O Sr. Secretário, nas informações mencionadas, esclarece que

A base legal do acordo (Termo de Confissão de Dívida e Compromisso de Pagamento) para redução da dívida, adotada pela Administração Fazendária à época, foi o Art. 134, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto n.º 11.773, de 30-01-89.

Não obstante todos os Réus, em uníssono, bradarem pela legalidade do Termo de Confissão de Dívida e Compromisso de Pagamento, a ilegalidade encontra-se situada justamente na concessão de percentual de 20% a ser aplicado a título de multa sobre o principal do débito tributário.

Laborou em grave equívoco o(s) Réu(s) que determinou(aram) a utilização do referido artigo com base no acordo retromencionado, vez que inaplicável à espécie. Senão vejamos:

“Art. 134 – O imposto quando não recolhido no prazo regulamentar, além da utilização de seu valor monetário, nos termos fixados pela legislação federal e desde que o recolhimento se faça ESPONTANEAMENTE e ANTES DE QUALQUER AÇÃO FISCAL, será acrescido de multa de 20%” (vinte por cento).

Ora, percebe-se, diga-se, sem muito elástico mental, da exegese literal do artigo, logicamente sem desprezar outras formas de interpretação, a existência implícita e imperativa de duas condições intrínsecas

para aplicação da multa de 20%, quais sejam, a *espontaneidade* e que a *ação fiscal não tenha sido iniciada*.

Diz o Parágrafo Único do Art. 138, do CTN: “Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração”.

Não havia mais, portanto, como utilizar o instituto da espontaneidade do pagamento, pois a Ação Fiscal já havia sido iniciada e encerrada, tendo sido apurado, inclusive, o valor total do débito.

Alegar que “a Lei estadual, por imposição do Código Tributário Nacional deveria estabelecer o prazo máximo para a conclusão das diligências fiscais, findo o qual devolve-se ao contribuinte o direito à espontaneidade.” É puro sofisma. Pois o Art. 116 do RICMS estabelece que esse prazo é de 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado. Alega a Empresa/Ré a certa altura que “prazo prorrogável não é prazo máximo”.

A lei, todavia, é de clareza solar. Caberia à Empresa/Ré questionar a invalidade do Art. mencionado frente, p.ex., ao Código Tributário Nacional, porém não o fez.

Preferiu agir em conivência com os outros Réus, interpretando extensivamente onde não cabe tal interpretação, pois segundo o prof. P. R. Tavares Paes, na sua obra “Comentários do Código Tributário Nacional”, comentando tema: “A denúncia espontânea elisiva de responsabilidade DEVE SER PRÉVIA a qualquer procedimento administrativo ou fiscalização concernente” (Grifei).

Salvo modificação recente, que desconheço, no vocábulo *prévia*, entende-se como, segundo o Mestre Aurélio “Que faz ou diz antes de outra coisa”. Uma vez iniciado qualquer procedimento administrativo, como no caso, tendo sido detectado o não recolhimento do tributo, descabe a espontaneidade.

É de moralidade duvidosa a afirmação da Empresa/Ré de que, findo o prazo da fiscalização, “a empresa poderia denunciar com espontaneidade qualquer débito”. Tal raciocínio só caberia com relação a outros débitos que não os já apurados pelo Fiscal/Réu. Sendo assim, muito fácil burlar o Fisco, bastaria a inércia do fiscal, pelo transcurso do tempo, e o débito apontado como não recolhido, poderia ser pago a multas convida-

tivas, fruto do altruísmo de nossos “administradores”, na gestão da coisa pública. Basta de tanta imoralidade, tanto descaso com o dinheiro do contribuinte. A desídia administrativa não pode abrir mão, fechando os olhos, do sagrado dinheiro dos impostos, em uma sangria criminosa dos cofres públicos, sob o pálio de interpretações tendenciosas e imorais das leis.

Tanto são desprovidas de lucidez e ética quanto o embasamento jurídico de tais informações da Empresa/Ré que é o próprio Fiscal/Réu quem diz, no item 5 do Termo de Enceramento de Fiscalização (Fl. 312):

“Salientamos ainda que as irregularidades acima descritas e o crédito tributário foram sanados por determinação do Sr. Governador do Estado, Prof. \*\*\*e do Sr. Secretário de Estado da Fazenda, Dr. \*\*\*, através de Acordo Administrativo consignado no Termo de Confissão de Débito Fiscal assinado pela fiscalizada, cuja cópia anexamos ao presente Termo.”

Percebe-se que o “Acordo Administrativo” foi efetivado quando ainda ocorria a Ação Fiscal, violando flagrantemente o Art. 134, do RICMS, concedendo o benefício de uma multa de 20% e quando a Empresa/Ré jamais poderia usufruir de tal prerrogativa da administração e esta jamais o poderia conceder por estar vinculada aos requisitos do comandamento legal ensejador da concessão.

Não desconhecemos que o ato vinculado refere-se aos casos em que a lei, “lato sensu”, descreve rigorosamente os pressupostos necessários a emissão do ato administrativo e seu conteúdo, em face da ocorrência da prévia hipótese legal.

Ou seja, os Réus, \*\*\* e \*\*\*, face ao dispositivo legal e suas exigências intrínsecas para a concessão do benefício, não tinham qualquer margem de liberdade para concessão aludida.

O prof. Sérgio Ferraz afirma de forma categórica que:

**“...o dever de bem administrar não é um simples dever de boa administração, é o DEVER DA MELHOR ADMINISTRAÇÃO.**

**Em face de quatro ou cinco hipóteses boas, HÁ UMA QUE É MELHOR SEMPRE, E ESSA UMA É A ÚNICA QUE PODE SER ADOTADA, seja pelo administrador, seja pelo juiz” (grifei).**

O Ato, estando vinculado a uma regra de direito, como no caso, o comportamento só poderia ser o de negar os benefícios do Art. 134, do RICMS.

A norma a ser aplicada, no caso seria o Art. 135, I, do RICMS, que incidiria uma multa de 100% sobre o débito.

Percebe-se, ademais, que deixaram de migrar para os cofres públicos exatos R\$ 9.877.835,11 (Nove Milhões, Oitocentos e Setenta e Sete Mil, Oitocentos e Trinta e Cinco Reais e Onze Centavos).

Exsurgem, pois, cristalinos, tanto a ilegalidade quanto a lesividade do ato em análise. A ilegalidade, já esmiuçada, configura-se mediante a determinação equivocada, para falar o mínimo, da Administração para a aplicação de multa de 20% sobre o débito tributário da Empresa/Ré, baseando-se erroneamente, para falar o mínimo, em dispositivo legal inaplicável à espécie.

No que concerne à lesividade, temos como presente no caso vertente na medida em que substancial parcela do tributo devido, referente à multa, deixou de entrar nos cofres públicos.

A alegação do Réu \*\*\*, de que “procurou” a administração pública por termo à futura contenda no Judiciário, com a empresa contribuinte e, assim, economizou tempo e foi recolhido (*sic*) a seus cofres a importância confessada... Como “por termo”? O que se espera do administrador zeloso e eficiente é que, em situações como estas, ponha termo, mas de forma a não lesar os cofres públicos, adotando medidas a proteger o erário público normalmente já tão combalido por sinecuras constantes e desleixo administrativo. No que concerne “a importância confessada”, entenda-se que, diante da inércia reprovável da Administração, tentando “contornar” a situação da Empresa/Ré, esta, muito à vontade, pois tinha conivência da Administração, “confessou”, claro, à menor o débito que tinha para com os cofres públicos. Se sempre fosse concedida tamanha generosidade no recolhimento dos tributos, certamente o Estado já teria falido de direito.

Cumprе lembrar a colocação de Paulo Barbosa de Campos Filho, feita na sua obra *Ensaio sobre a Ação Popular*:

*A lesividade raras vezes vem só, podendo mesmo dizer-se que nenhuma surge desacompanhada na tela jurídica. Procede-a, sempre, algum outro vício da nulidade, ou anulabilidade – erro, dolo, coação, simulação, falta de causa, causa falsa ou ilícita, afronta direta ou indireta às leis e demais normas imperativas, excesso ou desvio de poder...*

Além dos requisitos ilegalidade e lesividade presentes no ato em exame, cumpre não descurar que a Constituição Federal de 1998 positivou o requisito da moralidade como necessário a todo ato administrativo.

O legislador constituinte entendeu que a exigência apenas da legalidade do ato administrativo revelou-se insuficiente para evitar a lesão ao patrimônio público. A lei, todos nós sabemos, não é completa, permitindo, como vimos, expediente que contornem, embora sem aparentemente ofendê-la. Esses atos lesadores do patrimônio público agora têm, na ofensa ao princípio da moralidade, o fundamento legal para a decretação de sua nulidade.

Na verdade, a positivação da moralidade como requisito do ato é nova, portanto, não se deve relegá-la a sucedâneo da legalidade, deve-se mais, permitindo, por meio dela, adentrar inclusive no mérito do ato administrativo. Não quer, com isso, o Ministério Público que o juiz faça às vezes de administrador na análise da conveniência e oportunidade do ato. Mas saber se a justificativa da conveniência e oportunidade baseia-se em fundamento real, concreto, válido e moral.

O mestre Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, no prefácio de sua obra “O Controle da Moralidade Administrativa” preleciona que: “A lei é sempre moral. Pode não ser moral na sua aplicação”. De outra sorte, o grande jurista romano Paulo já dizia que “Nom omne quod licet honestum est.” (Nem tudo que é juridicamente lícito é conforme à Moral).

Provado, pois, que o “Termo de confissão de Dívida de Pagamento “ato administrativo firmado entre a Fazenda Pública e a Empresa \*\*\*, está

eivado de ilegalidade, gerando enormes prejuízos aos cofres públicos, além de ir contra a moralidade administrativa, que é princípio constitucional, REQUER O MINISTÉRIO PÚBLICO A SUA ANULAÇÃO, com o conseqüente retorno ao “status que antes”, qual seja, o da existência de débito por parte da Empresa/Ré para com a Fazenda Pública, nos termos da Fiscalização realizada pelo Fiscal/Réu, devidamente apurada no Termo de Encerramento de Fiscalização, incidindo sobre o mesmo os encargos insculpidos no Art. 135, I do RICMS, sem prejuízo da atualização do valor histórico, como permite a legislação.

### 3.2. Do pagamento aos réus a título de participação na multa aplicada

Antes de tudo, deve-se atentar que a participação dos fiscais, assim como do corpo administrativo na multa aplicada à Empresa/Ré teve como base de cálculo os 20% do Art. 134, do RICMS. Atente-se, outrossim, que o Réu \*\*\* autorizou ao Fiscal de Tributos, ora Réu, \*\*\* com base no Art. 2.º, da Lei n.º 1.932/89, regulamentada que foi pelo Decreto n.º 12.816.

Ora, provou-se, às escâncaras, que o Termo de Confissão de Dívida e Compromisso de Pagamento é uma ato ilegal e que, portanto, deve ser anulado. Não há que se falar, pois, em incidência sobre 20%. Nenhum ato subsequente ao Termo assinado entre a Fazenda Pública e a Empresa/Ré, pode prosperar do ponto de vista legal.

Aduz o Réu \*\*\*, à Fl. 268, “in verbis”:

“Foram meses de intenso, meticuloso, cansativo e enfadonho trabalho de exame em profundidade dos livros e documentos da escrita fiscal e contábil bem como dos comprovantes de lançamentos neles efetuados... faltava *apenas* a lavratura do Auto de Infração. Note-se que o levantamento fiscal de base ao Auto de Infração... O trabalho mais difícil havia sido concluído, remanescendo *somente* a lavratura do AINF, quando o contestante recebeu ordem de encerramento da Ação Fiscal, a que teve de se

submeter, pelo dever de obediência à ordem do superior hierárquico, a qual não é manifestamente ilegal” (Grifou).

Ocorre, entretanto, que o *apenas* e o *somente* são de importância capital para concessão de benefício ao Réu.

Diz textualmente ao Art. 2.º da Lei n.º 1.932/89:

Art. 2.º – O Fundo de Incentivo à Produtividade Fiscal, de que trata o artigo anterior, que terá como base a multa efetivamente arrecadada, decorrente da lavratura de Auto de Infração e Notificação Fiscal e Auto de Apreensão, será administrado pela Secretaria de Estado da Fazenda, que aplicará os recursos da seguinte forma:

Segue-se a especificação dos percentuais a serem utilizados quando do rateio, em razão do cargo e da função. Registre-se que o Decreto n.º 12.816/90, que regulamentou a lei em exame, apenas repete, literalmente, o artigo mencionado no seu Art. 2.º.

Ora, patente está, face à clareza da norma, que existem dois pressupostos básicos e imperativos para que o percentual seja destinado ao Fundo mencionado, possibilitando ao agente beneficiar-se dele, quais sejam: *Que a multa seja efetivamente arrecadada, decorrente da lavratura de auto de informação e notificação e auto de apreensão.*

Como restou provado, embora a multa tenha sido “efetivamente arrecadada”, sua base legal é inválida, contaminando de imprestabilidade os atos decorrentes. Inclusive o rateio havido entre os Réus/Fiscais.

Não obstante reconheça o esforço do Fiscal/Réu na Ação Fiscal, por outro lado não se deve perder de vista que a lei exige que, para ter direito à participação na multa, deve o fiscal lavrar o competente AINF, sem este requisito falece o direito ao “quantum”, face à violação ao dispositivo mencionado.

Fica claro, outrossim, que não gera direito aos agentes do Fisco a multa “efetivamente arrecadada”, proveniente de Acordo Administrativo. Só aquelas provenientes da lavratura da AINF.

Inobstante o esforço do Réu \*\*\* em procurar esconder sua desídia administrativa sob a pálido argumento de que: “A Lei n.º 1.932/89 estava em vigor quando o Contestante apôs ao autorizo ao pagamento da participação na multa fiscal \*\*\*. Pois ninguém havia arguido perante a Suprema Corte a sua inconstitucionalidade”.

Mais adiante o ex-governador, ora Réu, em um exercício mental confuso e desordenado declara que: “... e o autorizo pelo Contestante, isto é 20% percentuais das multas recolhidas” destinadas ao rateio dos agentes de arrecadação, em efetivo exercício, desde que não tenham sido contemplados na alínea “a”.

O raciocínio torna-se mais complicado, mais tortuoso, quando conclui que: “No primeiro caso, diz expressamente a lei que o percentual (33,37 %) destina-se ao pagamento dos funcionários autuantes, ao passo que o percentual autorizado pelo Contestante estava licitamente previsto pela letra “b”, do inciso II, do Art. 2.º, da susomencionada Lei n.º 1.932/89, sem exigência de atuação.

Primeiro, o Réu admite que o seu autorizo teve como beneficiário o outro Réu, \*\*\*, ao mencioná-lo nominalmente, embora argumente que a lei ainda estava em vigor, e que, portanto, poderia dela se utilizar para gratificá-lo, mesmo que de forma indevida.

Segundo, o Réu, numa demonstração de total desconhecimento da legislação, confunde a espécie dos inspetores fiscais, fiscais de Tributos Estaduais e fiscais auxiliares de Tributos Estaduais como agente de Arrecadação.

O Réu \*\*\* não pertence à segunda espécie mencionada, não cabendo, portanto, a explicação por absoluta impropriedade de aplicação ao caso em exame.

Não podia o Réu \*\*\* autorizar o pagamento, pois indevido, face à inexistência de suporte jurídico; Não poderia o Réu \*\*\* receber a participação na multa, porque não cumpridos os requisitos do Art. 2.º, da Lei n.º 1.932/89, regulamentada pelo Decreto n.º 12.816/90. Ambos os atos decorrem de ilegalidade, passíveis, portanto, de anulação.

Quando o Réu \*\*\* apôs o seu “autorizo” em documento oficial, permitindo, ao arrepio da lei, o pagamento aos outros Réus, relegou a segundo plano a necessária fundamentação do ato, que é requisito essen-

cial, autônomo, imprescindível para a sua constituição válida. Permitir a fundamentação genérica, ou aceitar um “autorizo” como fundamentação é possibilitar que a Administração venha, posteriormente, como veio, confeccionar uma justificativa que não corresponde, certamente, às razões que iniciaram a Administração a praticá-lo naquele momento, que causou sérios prejuízos às garantias do contribuinte.

Deveria conter no documento concessivo do benefício legal, também, a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o “autorizo”. Até porque um pressuposto indispensável para o Judiciário possa controlar a validade do ato administrativo.

Entendemos ainda que o Réu deveria revelar qual a finalidade da prática do ato, ou seja, que revelasse o objetivo que pretendeu atingir com a categoria do ato utilizado.

Na lição de Juan Carlos Cassagne, na sua obra *Derecho Administrativo*, a fundamentação consiste na exteriorização das razões que justificam e fundamentam a emissão do ato, que versam tanto sobre as circunstâncias de fato e de direito como no interesse público que se persegue com a edição do ato (finalidade).

A inexistência da fundamentação do ato administrativo, *in casu*, por si só, já demonstra o vício formal de que foi acometido o “autorizo”, assim como também serve para a “consulta” feita pelo então Secretário de Fazenda, o Réu, Francisco Oliveira Pinheiro ao ex-governador do Estado, ora Réu, solicitando “sua anuência a fim de que possamos efetuar o pagamento de participação de multa do servidor José Ricardo Freitas Castro...”. Ambos os atos feriram frontalmente a legislação vigente, formando uma corrente de ilegalidade, onde os elos, concatenados entre si, têm como paradigma o descaso para com a coisa pública, mascarando suas respectivas irresponsabilidades administrativas sob o manto do pseudo-legalismo, a ofender acintosamente a moralidade pública.

Entendemos, ademais, que os Réus, de forma solidária, agindo cada qual na sua esfera de responsabilidade, através de ações e omissões administrativas, ofenderam princípios básicos da ordem jurídica. Razão pela qual o Ministério Público aponta como responsáveis ativos e solidários:

- a. Na concessão irregular do benefício insculpido no art. 134, do RICMS, fulminando de ilegalidade a assinatura do termo de confissão de dívida e compromisso da pagamento, firmando entre o poder público e a empresa Semp/Toshiba, os réus \*\*\*, ex-governador do Estado do Amazonas, \*\*\*, ex-secretário do Estado da Fazenda e a empresa Semp/Toshiba, através de seu representante legal;
- b. No pagamento ilegal a título de participação de multa de 20% que incidiu sobre o ICMS devido pela empresa Semp/Toshiba: os réus \*\*\*, ex-governador do Estado do Amazonas; Francisco de Oliveira Pinheiro, ex-secretário de Estado da Fazenda; \*\*\*, ex-subsecretário de Estado da Fazenda; \*\*\*, chefe da Divisão de Arrecadação da Sefa; \*\*\*, ex-coordenador De Arrecadação; \*\*\*, ex-coordenador da fiscalização e \*\*\*, ex-chefe do núcleo de fiscalização sobre o contribuinte. Assim também como todos os funcionários fiscais de tributos estaduais, inspetores fiscais e fiscais auxiliares, não mencionados anteriormente, mas constantes da relação inserta à Fl. 494, dos autos, especialmente o réu José Ricardo Freitas Castro.

Ante o exposto, e consubstanciado nas robustas provas dos autos, requer o Ministério Público:

1. A decretação da nulidade do ato administrativo denominado de termo de confissão de dívida e compromisso de pagamento por ofensa à ordem jurídica e à moralidade administrativa;
2. A decretação da nulidade do ato administrativo ensejador da concessão do pagamento a título de participação de multa de 20% que incidiu sobre o débito de ICMS devido pela empresa Semp/Toshiba;
3. O ressarcimento de todos os valores pagos indevidamente aos funcionários réus, nos termos do art. 11, da Lei n.º 4.717/65, com os valores históricos devidamente corrigidos,

observado, no que couber, no disposto no § 3.º, do art 14, da Lei n.º 4.717/65;

4. O recolhimento do débito incidente sobre o ICMS devido pela empresa Semp/Toshiba com a incidência dos 100% a título de multa, como determina a legislação aplicável à espécie;
5. A decretação de revelia dos réus mencionados à Fl. 614;
6. Em caso de procedência da Ação, o traslado das principais peças que informam os presentes autos para remessa à Procuradoria-Geral de Justiça, para análise e providências quanto a existência de possíveis ilícitos penais, nos termos do art. 118, X, da Lei complementar n.º 011/93 (LOEMP).

O Ministério Público, no uso de suas prerrogativas legais, notadamente, as inculpidas no § 4.º do Art. 6.º, da Lei n.º 4.717/65, REQUER a PROCEDÊNCIA da Ação em todos os seus termos.

É o parecer.

Manaus, 14 de novembro de 1996.

Pedro Bezerra Filho  
Promotor de Justiça

