



PARECER - COMISSÃO PERMANENTE DA ADVOCACIA PÚBLICA DA OAB/SP

INTERESSADOS: Procuradorias Gerais dos Municípios no âmbito do Estado de São Paulo

ASSUNTO: Competência da Advocacia Pública para, privativamente, promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa municipal.

EMENTA: Competência privativa das Procuradorias Municipais para promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa municipal - Órgão integrante da estrutura permanente da Administração Pública e vinculada diretamente ao Chefe do Poder Executivo - Composição de seus quadros apenas e tão somente por servidores públicos ocupantes de cargos de provimento efetivo de Procuradores do Município - Necessidade de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos (sistema de mérito) - Vedação constitucional impositiva, pelo princípio da simetria, de delegação dessa competência a pessoas estranhas ao quadro institucional da carreira (arts. 1º, 18, 132, 25, *caput* e 29, *caput*, todos da Constituição Federal de 1988 c.c. arts. 99, inciso VI, 111, 115, inciso II e V e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo de 1989) - O Congresso Nacional editou a Lei n.º 6.830/1980, que se qualifica como lei nacional, válida em todo território nacional, não podendo ser alterada de forma unilateral pelos Municípios. É vedado ao Município alterar, ampliar ou reduzir competência legal nesta matéria, ou ainda, “transferir” parte de sua competência a aos particulares. A Lei n.º 6.830/80 atribuiu aos Municípios a competência para promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa (art.1.º, 2º, §3º) - Precedentes jurisprudenciais do Colendo Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Supremo Tribunal Federal.

RELATÓRIO:

No âmbito da Comissão Permanente da Advocacia Pública da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo, diante do frequente questionamento acerca da titularidade das atividades de inscrição em dívida ativa, vimos emitir o seguinte parecer referenciado com a análise da atribuição da competência, importância e desenho constitucional da matéria.



Eis, em síntese, o necessário.

Passa-se a fundamentar.

FUNDAMENTAÇÃO:

O estudo aqui empreendimento foi sequenciado por três diferentes enfoques - federativo, republicano e relativo à natureza da atividade de inscrição na Dívida Ativa no processo de execução fiscal - que se mostraram complementares, e, a nosso ver, suficientes, porém não exaustivos, para fundamentar a conclusão alcançada, segundo a qual a atividade de inscrição, controle e cobrança da dívida ativa dos Municípios é de competência exclusiva das respectivas Procuradorias Municipais.

Passados trinta e três anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 o assunto é atual, posto ser ainda comum, na esfera municipal, o desvirtuamento de tal atribuição para órgão outro, em desatenção ao que restou ali formatado relativamente ao regime jurídico reservado à Advocacia Pública, regime esse reproduzido, dentro do seu âmbito de atuação, na Constituição Estadual de São Paulo de 1989.

Senão vejamos.

ENFOQUE FEDERATIVO - PRINCÍPIO DA SIMETRIA - NECESSIDADE DO MUNICÍPIO OBSERVAR A ESTRUTURA FEDERAL E ESTADUAL EM SUA ORGANIZAÇÃO INTERNA:

Os Estados-membros se organizam e se regem pelas Constituições e leis que adotarem, **observados os princípios desta Constituição** (art. 25, CF).

Há um comando muito severo e claro no sentido de que o espectro normativo que cada Estado federado porventura eleger no seu âmbito, precisa, necessariamente, estar em absoluta consonância com a essência principiológica consagrada na Constituição Federal. É o chamado **princípio da simetria constitucional**¹.

¹ “Pode-se enunciá-lo nos seguintes termos: ressalvada expressa disposição constitucional (da Constituição da República, por óbvio) em sentido contrário, aplicam-se aos estados e aos municípios os princípios e as regras constitucionais fixados para a reunião. A partir desse *leading*



Essa determinação trazida pelo art. 25 da Constituição da República foi reforçada pelo disposto no art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), quando apregou que:

Art. 11 do ADCT. “Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, **obedecidos os princípios desta.**” (grifei)

Assim, atendendo aquele comando federal, em 05 de outubro de 1989 foi promulgada a Constituição do Estado de São Paulo, que prontamente, logo no seu art. 1º, traz a seguinte e importante determinação, *in verbis*:

Artigo 1º - O Estado de São Paulo, integrante da República Federativa do Brasil, **exerce as competências que não lhe são vedadas pela Constituição Federal.** (grifei)

Na Carta Bandeirante o Título II disciplina a Organização dos Poderes, cujo Capítulo V cuida das Funções Essenciais à Justiça, onde a Seção II trata especificamente da Procuradoria Geral do Estado (arts. 98 a 102). Nestes termos:

Artigo 98 - A Procuradoria Geral do Estado é instituição de natureza permanente, essencial à Administração Pública Estadual, vinculada diretamente ao Governador, responsável pela advocacia do Estado, da Administração direta e autarquias e pela assessoria e consultoria jurídica do Poder Executivo, sendo orientada pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

§1º - Lei orgânica da Procuradoria Geral do Estado disciplinará sua competência e a dos órgãos que a compõem e disporá sobre o regime jurídico dos integrantes da carreira de Procurador do Estado, respeitado o disposto nos arts. 132 e 135 da Constituição Federal.



§2º - Os Procuradores do Estado, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica na forma do 'caput' deste artigo.

§3º - Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Artigo 99 - São funções institucionais da Procuradoria-Geral do Estado:

(...) omissis

VI - promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa estadual;

Artigo 100 - A direção superior da Procuradoria Geral do Estado compete ao Procurador-Geral do Estado, responsável pela orientação jurídica e administrativa da instituição, ao Conselho da Procuradoria Geral do Estado e à Corregedoria-Geral do Estado, na forma da respectiva Lei Orgânica.

Parágrafo único - O Procurador-Geral do Estado será nomeado pelo Governador, em comissão, entre os Procuradores que integram a carreira, e deverá apresentar declaração pública de bens, no ato da posse e de sua exoneração.

Artigo 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

(...) omissis

Artigo 115 - Para a organização da administração pública direta ou indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

(...) omissis

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de



provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração;
(...) *omissis*

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;
(...) *omissis*

Relativamente aos Municípios, o artigo 144 da Constituição do Estado é claro ao dispor:

Artigo 144 - Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

Tal norma encontra supedâneo no estabelecido no artigo 29 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual:

Artigo 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

Como se nota, é de meridiana clareza que leis municipais que porventura se arvoreem sobre competências constitucionais próprias da Advocacia de Estado, como são as funções de inscrição, controle e cobrança da dívida ativa municipal, atribuindo-as a profissional estranho ao quadro institucional da carreira da Advocacia Pública, transbordam em muito a esfera de sua atividade pública, sendo, em decorrência, inconstitucionais.

A Constituição da República de 1988 alçou a Advocacia Pública ao relevantíssimo patamar de Função Essencial à Justiça, consoante



arts. 131 e 132, aplicável também aos Municípios (arts. 1º e 18), para representar os entes políticos (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), judicial e extrajudicialmente, bem como para desempenhar as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

A esse respeito, aliás, é o preciso magistério da eminente Prof. Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro²:

“Temos realçado, em diferentes oportunidades em que escrevi sobre o tema, que, embora a Constituição adote, no artigo 2º, o princípio da separação de Poderes, ela prevê, no Título IV, denominado de “Organização dos Poderes”, quatro e não três capítulos; os três primeiros pertinentes a cada um dos Poderes do Estado e, o quarto, imediatamente seguinte ao que cuida do Poder Judiciário, referente às Funções Essenciais à Justiça, nele inserindo o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, as Procuradorias Estaduais, a Defensoria Pública e a Advocacia. Isto não significa que são atividades típicas do Estado, merecendo, por isso mesmo, tratamento constitucional diferenciado.

O que a Constituição quis realçar, com a inclusão dessas carreiras no capítulo das “funções essenciais à Justiça”, foi a importância de todas na busca da Justiça, entendida no duplo sentido: a) Justiça como instituição, como sinônimo de Poder Judiciário, já que este não tem legitimidade para dar início às ações judiciais, decidindo os conflitos que são postos e nos limites postos pelo advogado, pelo promotor de Justiça, pelo advogado público, pelo defensor público; sem esses profissionais, a Justiça não é acionada; ela não existe; b) Justiça como valor, incluída no preâmbulo da Constituição entre os valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, e que consiste na “vontade constante de dar a cada um o que é seu” (justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi).”

E continua a insigne doutrinadora com a sensatez e clarividência que lhe são peculiares:

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Advocacia Pública como função essencial à Justiça**. Consultor Jurídico em 18.08.2016, disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica?imprimir=1>, acessado em 14.01.2019.



“A advocacia pública desempenha algumas funções muito semelhantes às do Ministério Público, na medida em que dispõe de legitimidade para representar a União, [Estados-membros, Distrito Federal e Municípios] na propositura de ações civis públicas (artigo 5º da Lei 7.347/85, fundamentado no artigo 129, parágrafo único, da Constituição); também tem legitimidade para a propositura da ação de improbidade administrativa (artigo 17 da Lei 8.429/92), e para responsabilização judicial das pessoas jurídicas que praticam atos danosos contra a Administração Pública (artigo 19 da Lei 12.846/13).

Além disso, é indiscutível o papel de controle da Administração Pública desempenhado pela Advocacia Pública na atribuição constitucional de consultoria jurídica do Poder Executivo. Com efeito, a Advocacia Pública participa ativamente do controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos. Isto porque, no exercício desse controle, as autoridades socorrem-se da advocacia pública. Esta não age por iniciativa própria. Ela não tem função de auditoria, de fiscal da autoridade administrativa. Ela se limita a responder a consultas que lhe são formuladas pelas autoridades, quer sobre atos que ainda vão praticar (e, nesse caso, o controle é prévio), quer sobre atos já praticados, sobre os quais surjam dúvidas quanto à legalidade (e, nesse caso, o controle é posterior).” (DI PIETRO, 2016, np)

Nessa toada, pelo modelo simétrico, as disposições relativas aos princípios que norteiam a atividade da Administração Pública e das formas de investidura em cargos públicos, funções de confiança e de comissionamento, são extensíveis a todos os Municípios.

Logo, por esse raciocínio e fundamentação é que se compreende que a inscrição da dívida ativa e a sua gestão franqueada à pessoa diversa do quadro institucional da carreira da Advocacia Pública é incompatível com a reserva instituída nos já citados dispositivos, modelo ao qual, repisamos, os Municípios estão subordinados.



É cristalino, pois, que o cometimento de competências inerentes à Advocacia Pública a órgão auxiliar do Chefe do Poder Executivo ou ao agente político que o dirige não se compatibiliza com a reserva instituída em prol da profissionalização que se consubstancia no órgão de Advocacia Pública, com chefia própria escolhida *ad nutum* dentre os integrantes da respectiva carreira.

Bem por isso a Advocacia Pública é titular exclusiva da representação, judicial e extrajudicial, consultoria e assessoramento do Poder Executivo, estando vinculada diretamente ao Chefe desse Poder, não podendo ser supervisionada, controlada ou subordinada a outro órgão público.

Como se infere da leitura dos dispositivos acima transcritos, a atividade de Advocacia Pública, inclusive a assessoria e a consultoria de corporações legislativas e suas respectivas chefias, são reservadas a profissionais recrutados pelo sistema de mérito através de concurso público de provas e títulos, e que se reportam ao modelo traçado no artigo 132, da Constituição Federal quando regula a Advocacia Pública Estadual, modelo que, como demonstrado, deve igualmente ser observado pelos Municípios, por força do já citado artigo 144, da Constituição Estadual.

Acrescente-se que Secretarias Municipais e suas subdivisões são órgãos eminentemente políticos, encabeçados por pessoas nomeadas pelo Chefe do Poder Executivo e que podem, por isso, ser substituídas a cada mandato, não podendo a Procuradoria Geral do Município, ficar à mercê de tais mudanças, por flagrante inconstitucionalidade, pois, como visto, é instituição vinculada direta, única e exclusivamente ao respectivo Chefe do Poder Executivo.

Além disso, de rigor que se propicie sua independência funcional, ressaltando-se ainda que sua atuação não se limita ao âmbito jurídico contencioso, devendo abarcar a solução e prevenção de conflitos de toda a Administração Municipal, como órgão de confiança do Chefe do Poder Executivo.

Sob mesma argumentação, ressoa nítida a inconstitucionalidade de legislações, que conferem a órgãos diversos, atribuições típicas e exclusivas da Advocacia Pública.



Daí o raciocínio que fundamenta o sólido entendimento de ser manifestamente inconstitucional norma legal que atribui a outrem a inscrição, o controle e a cobrança dos débitos na dívida ativa.

Toda essa sistemática interpretativa delineada até aqui é fruto de um importante mecanismo jurídico que a doutrina mais autorizada convencionou chamar de controle de constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público, que, na essência, se presta a expurgar do âmbito do sistema jurídico normas que não se compatibilizem com as diretrizes principiológicas traçadas pelo texto constitucional.

Ou seja, busca manter a higidez e pureza do ordenamento jurídico, assentado que está de forma precípua no princípio da coerência lógica do sistema normativo.

Deveras, é incontroverso que em nações que adotam o modelo federativo de Estado, a Constituição ocupa uma posição de supremacia máxima dentro do ordenamento jurídico, instituindo-se uma pirâmide normativa, em cujo ápice se localiza a Constituição, sendo que dessa maneira todos os atos normativos infraconstitucionais devem, por princípio, guardar compatibilidade com a respectiva Carta.

Assim, a Constituição cria uma relação piramidal entre esta e as demais normas do ordenamento jurídico, que com ela devem guardar relação de necessária lealdade. Esse dever de compatibilidade vertical com a Carta Magna obedece, porém, a dois parâmetros: um formal e outro material.

O parâmetro formal diz respeito às regras constitucionais referentes ao processo legislativo, vale dizer, aos meios constitucionalmente aptos a introduzir normas no sistema jurídico. A inobservância dessas regras gera a **inconstitucionalidade formal** desse ato normativo.

Já o parâmetro material refere-se ao conteúdo das normas constitucionais. Assim, o núcleo de uma norma infra ordenada não pode ser antagônico ao de sua matriz constitucional, pois, do contrário, ocasiona o vício de **inconstitucionalidade material**.

Também sob esse prisma, leis municipais que franqueiem a pessoas estranhas ao quadro institucional da carreira da Advocacia Pública



as funções de promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa do respectivo Município, padecem de ambos os vícios e não sobrevivem a uma análise mais criteriosa e acurada de sua compatibilidade com as Constituições da República e Estadual.

A propósito, e com o devido respeito, causa surpresa a desconsideração com que alguns legisladores municipais ordinários de São Paulo tratam do assunto, pois imprimem recalcitrância injustificada quando ignoram de forma flagrante as advertências constitucionais prévias acerca das balizas e limites que deveriam nortear os seus trabalhos quando da aprovação das legislações que dizem respeito à estrutura administrativa do Poder Executivo, especialmente no que diz respeito a quem encabeçará a condução dos trabalhos frente à dívida ativa.

A inconstitucionalidade formal se dá na medida em que o veículo legislativo escolhido para impor essa limitação - Lei Municipal - está equivocado, porque somente Emenda Constitucional de natureza estadual teria essa possibilidade, considerando o delineamento trazido nos arts. 99, VI, e 144, da Constituição Estadual.

Por sua vez, a inconstitucionalidade material resta configurada quando as prerrogativas das carreiras que integram as funções essenciais à Justiça, alçadas pelas Cartas Políticas de 1988 (Federal) e de 1989 (Estadual de São Paulo) ao nível constitucional, sendo verdadeira “**reserva de constituição**”, impedindo a ingerência de reforma por parte do Poder Legislativo Ordinário dos Municípios, são desrespeitadas, vez que não é permitido à lei municipal enveredar-se em temas exclusivamente constitucionais.

Há de se considerar, nesse passo, a lição do eminente Ministro EROS GRAU, do C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, de que:

“(...) Tenho insistido quase excessivamente nisto - porque não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços, mas sim na sua totalidade. Uma porção dela não prevalece sobre a outra quando a interpretamos. A lógica da Constituição é incindível.” (Voto proferido nos autos da ADPF 144, de relatoria do Exmo. Min. Celso de Mello, DJE em 26.02.2010) (grifo nosso)



Deve, por isso mesmo, seu texto ser analisado de forma global e em consonância com seu sentido sistemático-teleológico, sob pena de maltratar os verdadeiros sentido e alcance de seus postulados.

Sobre a questão, o Egrégio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, através de seu Colendo Órgão Especial, tem reiterados e paradigmáticos precedentes proferidos no âmbito de ADIs - Ações Diretas de Inconstitucionalidade, nos quais, ao final, julgou procedentes os pedidos contidos nas demandas para o fim de reconhecer a inconstitucionalidade dos dispositivos normativos porventura impugnados, declarando a invalidade das leis de diversos Municípios do Estado de São Paulo que atribuíam a pessoa diversa dos quadros da carreira da Advocacia Pública a missão de promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa municipal, *in verbis*:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei Complementar n. 48, de 10 de dezembro de 2018, do Município de Batatais, que dispõe sobre o funcionalismo público municipal.

(...) *omissis*

ATRIBUIÇÕES INERENTES À ADVOCACIA PÚBLICA CONFERIDAS A ÓRGÃOS E CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE NATUREZA DIVERSA. Funções que devem ser desempenhadas por ocupantes de cargos de natureza jurídica, que não podem ser preenchidos sem prévio concurso público. Desrespeito aos artigos 98, 99, 100, 111, 115, incisos II e V, e 144 da Constituição Estadual. (...) Ação julgada procedente, com modulação dos efeitos.

(...) *omissis*

3. ATRIBUIÇÃO A SERVIDORES QUE NÃO OCUPAM CARGOS NA ADVOCACIA PÚBLICA DAS ATIVIDADES DE INSCRIÇÃO, CONTROLE E COBRANÇA DA DÍVIDA ATIVA, QUE DEVEM SER EXERCIDAS PELO ÓRGÃO DE ADVOCACIA PÚBLICA.

A lei impugnada confere aos órgãos 'Divisão da Dívida Ativa', 'Divisão de Água e Esgoto' e 'Divisão de Tributação', bem como para o 'Chefe da Divisão da Dívida Ativa', 'Chefe da Divisão de Água e Esgoto' e 'Chefe da Divisão de



Tributação' atribuições ligadas à inscrição e cobrança da Dívida Ativa. Ainda que alguns dispositivos legais se refiram à cobrança na fase administrativa (inciso XI do artigo 42, p.e.), todas as normas apontadas conferem aos órgãos da Administração Municipal a tarefa de inscrição na Dívida Ativa municipal.

Trata-se de atribuição própria de órgãos da advocacia pública. Veja-se, a título de exemplo, a Procuradoria Geral do Estado, cujas atribuições constitucionalmente definidas incluem 'promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa estadual' (inciso VI do artigo 99 da Constituição Estadual).

É verdade que os Municípios gozem de autonomia para organizar a estrutura da própria advocacia pública, como repetidamente vem reconhecendo este C. Órgão Especial. Todavia, como é cediço, a advocacia pública deve ser exercida por servidor efetivo, nomeado por concurso público, nos termos dos artigos 98 a 100 da Constituição Estadual” (TJSP; ADI nº 2032934-79.2020.8.26.0000; Órgão Especial; Relator Des. Moacir Peres; j. 05/05/2021).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei Complementar n. 48, de 10 de dezembro de 2018, do Município de Batatais, que dispõe sobre o funcionalismo público municipal.

CARGOS EM COMISSÃO E FUNÇÕES DE CONFIANÇA COM ATRIBUIÇÕES INCOMPATÍVEIS COM ESSE TIPO DE PROVIMENTO. Atribuições de natureza técnica devem ser exercidas por servidores de carreira, pois não se referem a atribuições de direção, chefia ou assessoramento. Desrespeito aos artigos 111 e 115, incisos II e V, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade configurada.

ATRIBUIÇÕES INERENTES À ADVOCACIA PÚBLICA CONFERIDAS A ÓRGÃOS E CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE NATUREZA DIVERSA. Funções que devem ser desempenhadas por ocupantes de cargos de natureza jurídica, que não podem ser preenchidos sem prévio



concurso público. Desrespeito aos artigos 98, 99, 100, 111, 115, incisos II e V, e 144 da Constituição Estadual.

REGIME CELETISTA APLICÁVEL AOS SERVIDORES EM COMISSÃO. Impossibilidade. Incompatibilidade desse regime jurídico com as regras constitucionais relativas ao provimento comissionado (artigos 111 e 115, inciso II, da Constituição Estadual).

ATRIBUIÇÕES QUE DEMANDAM EXPERIÊNCIA E CONHECIMENTO ESPECÍFICO SOBRE A ESTRUTURA E O FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. Cargos em comissão de Controlador-Geral do Município e Ouvidor Geral do Município que devem ser ocupados apenas por servidores de carreira. Preliminar afastada. Ação julgada procedente, com modulação dos efeitos. (TJSP; ADI nº 2032934-79.2020.8.26.0000; Órgão Especial; Rel. Des. Moacir Peres; j. 05.05.2021).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Cargos de Coordenação, Chefia, Assessoria e Ouvidoria, criados pelos artigos 29, 30 e 31 da lei complementar 93/2012, com a redação dada pela LC 126/2016, do Município de Bertioga, cujas atribuições são de natureza técnica e burocrática, não se amoldando às hipóteses excepcionais de provimento em comissão - Procuradoria Geral do Município - subordinação à Secretaria de Assuntos Jurídicos - Inconstitucionalidade reconhecida - Vinculação necessária ao Chefe do Executivo, nos moldes da Constituição Estadual - Violação dos artigos 98 a 100, 111 e 115, II e V, todos da Constituição Bandeirante - Inconstitucionalidade, ainda, da submissão do Setor da Dívida Ativa à Secretaria de Administração - Atribuição da Procuradoria do Município - Inconstitucionalidade reconhecida dos artigos 4º, inciso V, 14, III, 23, 29, 30 e 31 e anexo XIII (com exceção dos cargos de Secretário e Diretores) da Lei Complementar nº 93, de 19 de dezembro de 2012, na redação dada pela Lei Complementar nº 126, de 27 de dezembro de 2016 e dos arts. 4º, v, 29, 30, 31, 35 e anexo XIII (com exceção dos cargos de Secretário e Diretores), em sua redação original, da Lei Complementar nº 93, de 19 de dezembro de 2012, ambas do Município de Bertioga - **Ação**



Procedente. (TJSP; ADI nº 2167063-26.2017.8.26.0000; Órgão Especial, Rel. Des. Ferraz de Arruda, j. 07.03.2018).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Cargos de provimento em comissão, "Coordenador de Execuções Fiscais e Relações com os Contribuintes e Coordenador de Assuntos Trabalhistas e Administrativos", constantes do art. 9º da Lei Complementar nº 39, de 10 de fevereiro de 2017, do Município de Promissão, que altera dispositivos das Leis Complementares 13/2013, 25/2015 e 26/2015 - Atribuições burocráticas e técnicas, em desconformidade com as especificidades intrínsecas aos cargos em comissão - Ausência de discriminação de atribuições do cargo - Violação à Orientação do Eg. Supremo Tribunal Federal (Tema 1.010) Cargo com natureza de advocacia pública - Atividades que devem ser desempenhadas por profissionais investidos em cargos públicos, mediante aprovação em concurso, dadas as especificidades técnicas da função a ser desempenhada Violação aos arts. 5º, 24, § 2º, 1, 98 a 100, 111, 115, II e V e 144, todos da Constituição Estadual - Ação direta julgada procedente, com modulação de efeitos determinada." (TJSP; ADI 2045072-78.2020.8.26.0000; Órgão Especial; Relator Des. Ademir Benedito; j. 25/11/2020).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Itapetininga. Impugnação aos artigos 7º e 8º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VIII, IX e X, da Lei Complementar Municipal n. 186, de 02 de julho de 2020. Criação do cargo de "Secretário Municipal de Negócios Jurídicos e Patrimônio" no âmbito da estrutura administrativa local. Dotação de atividades e funções próprias da advocacia pública ao Secretário e à Secretaria Municipal de Negócios Jurídicos. Impossibilidade. Necessário preenchimento do referido posto por meio de concurso público. Violação aos artigos 98, 99, 100, 111, 115, II e V, e 144, da Constituição Estadual. Precedentes do Órgão Especial. Ação julgada procedente, sem modulação. (TJSP; ADI nº 2252616-36.2020.8.26.0000; Órgão Especial; Rel. Des. Aguilar Cortez, j. 1º.09.2021).



E o Egrégio PRETÓRIO EXCELSO também vem ratificando a prerrogativa privativa da Advocacia Pública para o exercício de atribuições que lhe foram reservadas pela Constituição da República de 1988, *in verbis*:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (...) É inconstitucional o diploma normativo editado pelo Estado-membro, ainda que se trate de emenda à Constituição estadual, que outorgue a exercente de cargo em comissão ou de função de confiança, estranho aos quadros da Advocacia de Estado, o exercício, no âmbito do Poder Executivo local, de atribuições inerentes à representação judicial e ao desempenho da atividade de consultoria e de assessoramento jurídicos, pois tais encargos traduzem prerrogativa institucional outorgada, (...), em ordem a que possa agir com independência e sem temor de ser exonerado “ad libitum” pelo Chefe do Poder Executivo local pelo fato de haver exercido, legitimamente e com inteira correção, os encargos irrenunciáveis inerentes às suas altas funções institucionais. (...)” (STF; ADI 4843 MC-ED; Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 11/12/2014).

Em acréscimo, outro ponto fundamental, digno de nota, é que toda essa preocupação dos textos constitucionais com relação à incumbência vinculativa da Advocacia Pública no desempenhar das tarefas que dizem respeito à dívida ativa se dá em virtude de que essas ações, em verdade, se constituem em verdadeiros atos do controle administrativo da legalidade do agir da Administração Pública.

É o que expressamente dispõe o parágrafo 3º do artigo 2º, da Lei 6.830/80, em respeito à imposição constitucional a que se subordina a Administração Pública, regida que é por rígidos princípios insculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988, dentre os quais o princípio da legalidade, *verbis*:

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e



balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 1º - Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.

§ 2º - A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.

§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

Daí o órgão vocacionado constitucionalmente a fazer o controle de legalidade dos atos administrativos do Poder Público é justamente o da Advocacia Pública, haja vista a alta formação técnico-específica qualificada de seus membros na matéria - e bem por isso as suas atribuições funcionais - vale dizer que somente a ele pode ser dada a incumbência de promover, privativamente, as atividades de inscrição, do controle e da cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, mais ninguém.

Destarte, por qualquer ângulo que se olhe a questão aqui versada, verifica-se que todo o sistema constitucional e infra correlato do ordenamento jurídico brasileiro dão ampla sustentação ao entendimento supra esboçado, cuja fundamentação foi feita com arrimo nas Constituições Federal de 1988 e do Estado de São Paulo de 1989, além de se encontrar em perfeita consonância com o entendimento simétrico e alinhado tanto do C. TJSP como do E. STF.



ENFOQUE REPUBLICANO - O ATO DE INSCRIÇÃO, CONTROLE E COBRANÇA DA DÍVIDA ATIVA POR PROCURADOR MUNICIPAL, SUBMETIDO A CONCURSO PÚBLICO, COMO GARANTIA DE PROTEÇÃO AO CIDADÃO:

Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. É o contorno republicano ao qual aderiu a nossa Constituição Federal, logo em seu artigo 1º, parágrafo único.

Sob esse enfoque, o Estado é criado para servir e proteger o cidadão contra os arbítrios dos governantes de ocasião, espalhando-se esse princípio por todo o arcabouço legislativo, alcançando então, por decorrência lógica, os atos que importem na inscrição em dívida ativa.

Eis o elemento importante que separa o sistema absolutista-monárquico do racional-republicano - a substituição da vontade do rei/governante, como critério predominante, pela observância da lei e da igualdade entre os cidadãos, como critério jurídico.

Geraldo Ataliba exemplifica a aplicação do princípio republicano:

Deveras, o princípio republicano não é meramente afirmado, como simples projeção retórica ou programática. É desdobrado em todas as suas consequências, ao longo do texto constitucional: inúmeras regras dando o conteúdo exato e a precisa extensão da tripartição do poder; mandatos políticos e sua periodicidade, implicando alternância no poder; responsabilidades dos agentes públicos, proteção às liberdades públicas; prestação de contas; mecanismos de fiscalização e controle do povo sobre o governo, tanto na esfera federal como estadual ou municipal; a própria consagração dos princípios federal e da autonomia municipal etc. Tudo isso aparece, formando a contextura constitucional como desdobramento,



refração, consequência, ou projeção do princípio, expressões concretas de suas exigências.³

Ainda, seja quem for o cidadão, a ele será garantido o mesmo tratamento da lei. impessoalidade - art. 5º da CF)⁴, daí derivando seu interesse em saber o que é feito pela Administração (publicidade - art. 37, *caput*, da CF) e controlar os atos daqueles que atuam em seu nome e interesse.

Logo, os fatores que importam no ato de inscrição em dívida ativa não são o elemento político e a influência do sujeito passivo, mas a condição de devedor público e a exigência do devido processo legal em processo administrativo tributário, em que haja a participação do interessado. Daí a verificação por quem promove a inscrição em dívida ativa da origem da dívida, identificação do tributo, sujeito passivo e a verificação da existência de processo administrativo como pressupostos da inscrição, o quê, aliás, está na própria redação da Lei 6.830/80⁵.

A lei vai além na defesa do cidadão, ao definir a separação da atividade de apuração tributária por agente fiscal de uma carreira pública - fiscalizatória fazendária - e a inscrição por outra carreira - advocacia pública, e reforçar a segregação de funções.

³ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, 2ª edição atualizada por Rosolea Miranda Polgosi, São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 27 e 28.

⁴ “7º) Princípio da impessoalidade 19. Nele se traduz a ideia de que a administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis final simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é se não o próprio princípio da igualdade ou isonomia.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 35ª edição, revista e atualizada até a EC 109, de 15.3.2021, e a Lei 14.133, de 1º.4.2021, São Paulo: Malheiros, 2021, p. 96).

⁵ Art. 2º - **Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública** aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. § 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter: I - o **nome do devedor**, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros; II - o **valor originário da dívida**, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato; III - a **origem, a natureza e o fundamento legal** ou contratual da dívida; IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo; V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e VI - o **número do processo administrativo ou do auto de infração**, se neles estiver apurado o valor da dívida.



Se o ato de inscrição é um ato de controle da Administração, tal qual previsto na Lei de Execução Fiscal⁶, tal atribuição há que ser exercida por outro órgão que não aquele que deu início ao procedimento fiscal tributário, atuando, julgando recursos administrativos e constituindo, por fim, o crédito tributário.

Se de um lado há um aparato legal de proteção ao cidadão, como garantir a impessoalidade decorrente da igualdade e legalidade republicana pela atividade do agente público?

Em primeiro lugar, a inscrição em dívida ativa não é operada por qualquer agente, mas por órgão especializado, feita por operador do Direito, que confere a compatibilidade do ato com o sistema jurídico, daí a previsão constitucional da atribuição da inscrição à advocacia pública⁷.

Naturalmente, se o governante influi sobre a escolha do agente, pode eliminar todos os elementos legais de proteção ao cidadão, razão da imposição de concurso público, procedimento republicano que tem por objetivo, dentre outros, a designação de agente de forma impessoal para o serviço público em geral⁸.

Outro fator determinante da imparcialidade é a existência de garantias para o agente/servidor público. Daí a existência de um sistema de proteção não do agente público, mas de sua fidelidade à legalidade. Por isso, há em cargo de provimento efetivo a previsão de estabilidade constitucional⁹. Assim, seguido o procedimento legal, o servidor público não teme pela sua manutenção na atividade impessoal de cumprimento da lei. Novamente, a garantia não é propriamente do servidor, mas do cidadão que

⁶Consoante arts. 2º e 3º, da Lei 6830/80.

⁷ Constituição Federal. Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.(...) § 3º - Na **execução da dívida ativa de natureza tributária**, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

⁸ Constituição Federal. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

⁹ Constituição Federal Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.



terá maior confiança de que a atividade estatal guardará fielmente o cumprimento do comando legal e não o arbítrio de qualquer indivíduo à frente da gestão pública.

Só assim o advogado público membro da administração poderá esquivar-se de aplicar ordem manifestamente ilegal¹⁰.

A importância da observância da garantia dos agentes públicos com o fim de proteger os direitos individuais do cidadão é posta

¹⁰ **União Federal**, Lei 8.112/1990: Art. 116. São deveres do servidor: [...] IV – cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; Lei 10.261/1968- **Estado de São Paulo**: Artigo 241 – São deveres do funcionário: [...] II – cumprir as ordens superiores, representando quando forem manifestamente ilegais; Lei 8.989/1979 do **Município de São Paulo** – Art. 178 - São deveres do funcionário: [...] II - cumprir as ordens superiores, representando quando forem manifestamente ilegais; Lei 1.429/1968 do **Município de Guarulhos**: Art. 171. São deveres do funcionário: [...] VIII - obedecer às ordens superiores, salvo quando manifestadamente ilegais; Lei 1.399/1955 do **Município de Campinas**: Art. 184. São deveres dos funcionários: [...] VII - Obediência às ordens superiores exceto quando manifestadamente ilegais; Lei 1.729/1968 do Município de **São Bernardo do Campo**: Art.229. São deveres do funcionário, além dos que lhe cabem em virtude de seu cargo ou função e dos que decorrerem, em geral, de sua condição de servidor público: [...] III- cumprir as determinações superiores e representar imediatamente e por escrito, quando estas forem manifestadamente ilegais; Lei Complementar 96 /1992 do Município de **São José dos Campos**: Art. 91. São deveres do servidor: [...] VIII – cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestadamente ilegais; Lei 1.422/1959 do Município de **Santo André**, Art. 161 – São deveres do funcionário: [...] VII – Obediência às ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; Lei 1.422/1959 do Município de **Ribeirão Preto**, Art. 238. São deveres do funcionário além dos que lhe cabem em virtude de seu cargo ou função e dos que decorrem, em geral, de sua condição de servidor público: [...] IV - obedecer às ordens superiores, devendo representar, imediatamente, por escrito, contra as manifestamente ilegais; Lei 836/1969 do Município de **Osasco**, Art. 247. São deveres do funcionário, além dos que lhe cabem em virtude de seu cargo ou função e dos que decorrem, em geral, da sua condição de servidor público: [...] IV- obedecer às ordens superiores, devendo representar, imediatamente por escrito, contra as manifestamente ilegais; Lei 3.800/1991 do Município de **Sorocaba** , Art. 153. São deveres do funcionário público, além dos que lhe cabem em virtude do desempenho de seu cargo e dos que decorrem, em geral, de sua condição de funcionário público: [...] VI - cumprir as determinações superiores, representando, imediatamente, quando forem manifestamente ilegais; Lei Complementar 01/2002 do Município de **Mauá**, Art. 113. São deveres do servidor, além dos que lhe cabem em virtude do desempenho de suas funções no cargo que ocupa e as que decorrem da sua condição geral de servidor público: [...] VII - Cumprir as determinações superiores, e representar por escrito quando estas forem ilegais; Lei Complementar 5/1990 do Município de **São José do Rio Preto**, Art. 204. São deveres do funcionário: [...] IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; Lei Complementar 82/2011 do Município de **Mogi das Cruzes**, Art. 141. São deveres do servidor: [...] IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; Lei 4.623/1984 do Município de **Santos**, Art. 222. São deveres do funcionário: [...] II - cumprir as ordens superiores, representando quando forem manifestamente ilegais; Lei Complementar 8/1991 do Município de **Diadema**, art. 185. São deveres do funcionário, além dos que lhe cabem em virtude de seu cargo e do que decorre, em geral, de sua condição de servidor público: [...] II. cumprir as determinações superiores, representando imediatamente e por escrito quando forem manifestamente ilegais; Lei Complementar 499/2010 do Município de **Jundiaí**, art. 128. São deveres do servidor: [...] IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;.



em destaque pela própria doutrina dos direitos fundamentais. Ao analisar a teoria de Karel Vasak e Carl Schmitt, leciona Paulo Bonavides:

Com o advento dos direitos fundamentais da segunda geração, os publicista alemães, a partir de Schmitt, descobriram também o aspecto objetivo, a garantia de valores e princípios com que escudar e proteger as instituições.

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e a valorização da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista.

(...)

Graças às garantias institucionais, determinadas instituições recebem uma proteção especial, conforme disse Carl Schmitt, para resguardá-las da intervenção alteradora da parte do legislador ordinário. São, segundo o mesmo publicista, uma categoria de direitos fundamentais, direitos que não se confundem porém com os da liberdade, por quanto a estrutura dos mesmos e lógica é juridicamente outra. Demais, é da essência da garantia de institucional a limitação, bem como a destinação a determinados fins e tarefas.

Não resultou assim difícil a tarefa empreendida por aquele jurista identificar, entre outras, as seguintes garantias institucionais: as que rodeiam o funcionalismo público, o magistério, a autonomia municipal, as confissões religiosas, a Independência dos juizes, a exclusão dos tribunais de exceção etc.¹¹

Nessa concepção, portanto, para salvaguardar e promover os direitos fundamentais do cidadão, necessária a garantia institucional de uma estrutura voltada para a observância da lei.

Diante destas considerações, resta imperiosa a aplicação das garantias institucionais aos atos de inscrição em dívida ativa,

¹¹ BONAVIDES, Paulo. Curso De Direito Constitucional, 29ª edição, atualizada, São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 579 e 580.



desempenhados por agente público concursado, com cargo efetivo e pertencente à advocacia pública municipal ou procuradoria municipal.

ENFOQUE RELATIVO À NATUREZA DA ATIVIDADE DE INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL - (I) INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA LEI MUNICIPAL QUE TERCEIRIZA SUA COBRANÇA - AFRONTA À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO, ARTS. 22, I, DA CF/88 E ART. 1.º DA LEI N.º 6.830, DE 22 DE SETEMBRO DE 1980; (II) FORMAÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - CONTROLE DA LEGALIDADE PELA ADVOCACIA PÚBLICA - EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA AUTOEXECUTORIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A Constituição Federal de 1988 prevê a competência privativa da União para legislar em direito processual:

“Art. 22. Compete **privativamente** à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”

Com fundamento no art. 22, I, da Constituição, a União editou a Lei n.º 6.830, de 22.09.1980, que dispõe sobre a cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias, caracterizando-se como lei nacional, que fixa as normas jurídicas na matéria, válidas em todo o território nacional.

O Congresso Nacional possui dupla competência em sua tarefa preponderantemente legiferante, de produzir leis nacionais e lei federais. As **leis nacionais são válidas em todo território nacional, como** por exemplo, a Lei n.º 13.105 que institui o Código de Processo Civil e a Lei n.º 9.394, de 20.12.1996, que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Já as leis federais são válidas apenas para a União Federal, como é o caso da Lei n.º 8.112/90, que disciplina o regime jurídicos dos servidores públicos federais.

O Congresso Nacional editou a Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980, que prevê expressamente:



“Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.” (destacamos)

Esta lei nacional disciplina a competência do Município de cobrança da dívida ativa, competência esta que não pode ser alterada de forma unilateral pelo Município. Ou seja, os Municípios, através de suas Câmaras de Vereadores, não podem usurpar competência do Congresso Nacional, editando leis municipais que alterem esta lei nacional, as quais já nasceriam inconstitucionais.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, órgãos públicos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado¹². Estes círculos de atribuições, a serem manifestados pelos agentes, constituem-se de um plexo de competências públicas¹³.

Por sua vez, a competência pode ser conceituada como o círculo compreensivo de um plexo de *deveres públicos* a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados *poderes instrumentais*, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos¹⁴.

As competências públicas são *de exercício obrigatório* para os órgãos e agentes públicos¹⁵. *Irrenunciáveis*, pois seu titular não pode abrir mão delas enquanto as titularizar¹⁶. *Intransferíveis* porque *não podem ser objeto de transação*, de tal sorte que descaberia repassá-las a outrem. *Imodificáveis* pela vontade do próprio titular, que não pode dilatá-la ou restringi-la, pois sua compostura é a que decorre da lei¹⁷.

Diante de tais considerações, é vedado ao Município alterar, ampliar ou reduzir competência legal nesta matéria, ou ainda, “transferir” parte de sua competência a aos particulares.

¹² *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2016. 33 ed. p. 144.

¹³ Op. Cit. p. 146.

¹⁴ Op. Cit. p. 148.

¹⁵ Op. Cit.p.149.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.



Não é só.

Sob outra perspectiva, mas dentro da temática ora proposta, procedendo-se a uma análise da representação judicial dos entes federativos no âmbito do processo de execução fiscal, conclui-se, aqui também, que todo o processo de inscrição e cobrança da dívida ativa deve ser realizado pela advocacia pública.

De fato, prescreve a Carta Magna:

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

(...)

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

Como se vê, o dispositivo constitucional é claro ao reservar à advocacia pública a atribuição privativa de representação judicial da União e demais entes federativos. A referência à Procuradoria da Fazenda Nacional vai no sentido da especialização dentro da advocacia pública.

Resta saber qual a extensão do significado da expressão “*execução da dívida ativa*”.

O procedimento de dívida ativa consiste na transição entre a constituição do crédito em processo administrativo tributário em que se garanta a defesa do interessado (lançamento) para a cobrança judicial em execução fiscal.

Com a conferência de todos os elementos formais essenciais à validade do lançamento, o procedimento de inscrição confere todas as



atividades realizadas e sua conclusão importa em presunção de liquidez e certeza nos termos da lei¹⁸.

Cabe ao advogado público a conferência da existência do procedimento válido, vindo de autoridade competente, para a cobrança judicial em termos legais. Com tal procedimento, evitam-se processos fictícios e elementos tendentes a perseguições ou desvios de finalidade. Ademais, há a conferência de outros elementos que permitem o saneamento da apuração da dívida, correção do processo pelo lado do Fisco e garantia na perspectiva do sujeito passivo interessado.

Vê-se, portanto, que o procedimento de inscrição em dívida ativa tem um elemento de verificação de legalidade e garantia de existência e observância de atos indispensáveis à preservação do patrimônio do particular, além da própria verificação da dívida perante o Poder Público.

A cobrança em dinheiro é das mais notáveis exceções ao princípio da autoexecutoriedade dos atos administrativos¹⁹, ou seja, para a efetiva execução de valor em dinheiro o Fisco precisa se valer da atuação judicial.

A atuação perante o Poder Judiciário precisa de um título para a cobrança. A certidão da dívida ativa é o título extrajudicial²⁰ hábil para o início da ação. Logo, a execução fiscal como procedimento tendente à satisfação da dívida perante a coletividade começa com a constituição do próprio título extrajudicial - inscrição em dívida ativa.

Nesse sentido, é farta a jurisprudência do reconhecimento da certidão de dívida ativa como título executivo extrajudicial. São trazidos dois exemplos com a reafirmação da natureza de título executivo:

PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL E AÇÃO ANULATÓRIA. CONEXÃO.

¹⁸ CTN. Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.

¹⁹Exemplificativamente: A cobrança de multas representa exceção à autoexecutoriedade do poder de polícia, pois só é efetivada mediante processo de execução por inscrição em dívida ativa. (NOHARA, Irene. Direito Administrativo, 10ª edição, São Paulo: Atlas, 2020, p.184, ebook)

²⁰ CPC 2015. Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: (...) IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;



Dispõe a lei processual, como regra geral que é título executivo extrajudicial a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei (art. 585, VI do CPC).

(...)

(STJ, CC 31963 / RS, PRIMEIRA SEÇÃO, Ministro LUIZ FUX, 24/04/2002, DJ 05/08/2002 p. 190, RJADCOAS vol. 39 p. 57).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 948 E 949 DO CPC/2015. NÃO CONFIGURAÇÃO. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA. PROTESTO. ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.492/1997, COM A REDAÇÃO DA LEI 12. 767/2012. LEGALIDADE.

(...)

15. Assim, conquanto o Código de Processo Civil (art. 585, VII, do CPC/1973, art. 784, IX, no novo CPC) e a Lei 6.830/1980 atribuam exequibilidade à CDA, qualificando-a como título executivo extrajudicial apto a viabilizar o imediato ajuizamento da Execução Fiscal (a inadimplência é presumida iuris tantum), a Administração Pública, no âmbito federal, estadual e municipal, vem reiterando sua intenção de adotar o protesto como meio alternativo para buscar, extrajudicialmente, a satisfação de sua pretensão creditória.

(...)

(STJ, REsp 1686659 / SP, PRIMEIRA SEÇÃO, Ministro HERMAN BENJAMIN, 28/11/2018, DJe 11/03/2019, IP vol. 117 p. 255).

Essa não é só a percepção dos intérpretes subscritores, mas do próprio legislador. A Lei de Execução Fiscal inicia declarando o procedimento especial de execução e quais as entidades públicas que podem se valer do processo especializado²¹. O passo seguinte regulado na lei não é a petição inicial da execução, mas os elementos a serem verificados pela autoridade revisora ao documentar a dívida no livro da dívida ativa. Em seguida, a emissão da certidão da dívida ativa e suas formalidades para iniciar o processo executivo. Vale destacar o texto legal - Lei 6.830/1980:

²¹ Lei 6.830/1980. Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.



Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

(...)

§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

§ 4º - A Dívida Ativa da União será apurada e inscrita na Procuradoria da Fazenda Nacional.

§ 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e

VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.



§ 6º - A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente.

(...)

Art. 3º - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da **presunção de certeza e liquidez**.

Parágrafo Único - A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

Fica claro, portanto, que a inscrição em dívida ativa nada mais é do que a fase administrativa de um processo maior que é a execução fiscal. É a constituição do título extrajudicial que permitirá a execução, verificando os elementos essenciais e de eficácia do título, e que será realizada pelos advogados públicos, dentro da sua esfera de atuação, que pode ser federal, estadual ou municipal.

O tema é abordado e disciplinado por muitas constituições estaduais. Algumas reproduzem os termos da Constituição Federal, outras são mais sucintas passando a representação judicial e extrajudicial à sua Procuradoria de Estado ou Advocacia Pública Estadual. Mas há constituições estaduais que evidenciam não a execução em si, mas cada fase da execução. Dá-se destaque à constituição paulista:

Artigo 99 - São funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado:

(...)

VI - promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa estadual;

Outras constituições estaduais têm a mesma virtude. Como a do Estado do Amazonas que traz um pouco de cada técnica:



Art. 95. São funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado, sem prejuízo de outras com estas compatíveis, na forma da Lei:

(...)

III - **determinar a inscrição** e promover o controle, a cobrança administrativa e judicial e o cancelamento da dívida ativa do Estado;

A Constituição do Mato Grosso também dá destaque como ato típico da advocacia pública a promoção da inscrição:

Art. 112 São funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado, além da representação judicial e extrajudicial do Estado:

(...)

IV- **promover a inscrição** e a cobrança judicial da dívida ativa estadual;

Pelo exposto, em atenção aos comandos constitucionais e legais trazidos à colação, infere-se, sob a perspectiva ora analisada, que todo o processo de inscrição em dívida ativa e seus passos subsequentes, inclusive judiciais, devem ser feitos sempre pela advocacia pública, que, conforme anteriormente explicitado, é quem tem conhecimento técnico-jurídico para tal desiderato e autonomia funcional.

CONCLUSÃO:

Diante do frequente questionamento sobre a titularidade da inscrição em dívida ativa, propõe a especializada comissão da OAB/SP, entendemos que:

1. Pelo princípio da simetria, em que as diversas entidades devem possuir estruturas federativas similares por determinação da Constituições Federal e do Estado de São Paulo, que com clareza atribui a função de inscrição em dívida ativa à Procuradoria do Estado/Advocacia de



Estado, o que veda a atribuição dessa função a terceiros, dentro ou fora da Administração (arts. 1º, 18, 132, 25, caput e 29, *caput*, todos da Constituição Federal c.c. arts. 99, inciso VI, 111, 115, inciso II e V e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo);

2. Por imposição republicana, com a igualdade e impessoalidade consequente, deve-se operar a proteção do cidadão por agentes públicos operadores do Direito e que tenham o poder-dever de controlar a legalidade dos atos administrativos emanados da Administração Pública, impedindo abusos de poder;

3. Além disto, editada a Lei n.º 6.830, de 22.09.1980, que dispõe sobre a cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias cujo caráter, de lei nacional, espraia os seus comandos para as três esferas de governo, vedando aos Municípios a transferência a particulares de competências a ele atribuídas, por serem as mesmas irrenunciáveis, intransferíveis e imodificáveis;

4. Por fim, por interpretação da imposição do art. 131, §2º da Constituição Federal e pela influência dos princípios republicano, federativo e de garantia dos direitos fundamentais, a atribuição da inscrição em dívida ativa é parte inicial do processo de execução fiscal, sendo reservada à advocacia pública a constituição do título extrajudicial que garantem a posterior cobrança judicial dos valores devidos à coletividade em suas diversas esferas:

O órgão da Advocacia de Estado é integrante da estrutura administrativa permanente do Poder Executivo e do quadro de cargos de provimento efetivo do serviço público. Logo, por força do art. 37, II da Carta Magna, seus ocupantes devem ser selecionados após necessária e prévia aprovação em concurso público de provas e títulos para as atividades de Procuradoria do Município;

Ademais, diante da prerrogativa atribuída pela lei ao advogado público, de conferência de todos os elementos formais essenciais à validade do lançamento, cuja conclusão importa em presunção de liquidez e certeza ao título executivo extrajudicial, como meio, inclusive, de proteção ao cidadão em geral, e ao munícipe, em particular, é vedado atribuir tal função a outros órgãos da administração



ou terceiros estranhos ao serviço público, ainda que ocupantes de cargo em comissão.

É o Parecer.

São Paulo, 3 de junho de 2022.

Camila Pintarelli
OAB/SP n. 299.036

Claudia Bocardi
Allegretti
OAB/SP n. 108.917

Patricia Borghi Brasilio
de Lima
OAB/SP n. 242.858

Fábio Mauro de Medeiros
OAB/SP n. 145.718

Marcelo Luiz Coelho Cardoso
OAB/SP 154.969

Nilma de Castro Abe
OAB/SP n.181.074

Afirmo que essa foi a proposta foi submetida à aprovação da Comissão de Advocacia Pública na reunião 13 de junho de 2022 como parecer referencial.