

Coordenador  
Caio Souza

Curso de  
Peças e Pareceres  
**ADVOCACIA  
PÚBLICA**  
Teoria e Prática

**7.<sup>a</sup> edição**  
.....  
revista, atualizada  
e ampliada

20 modelos  
82 casos práticos  
Técnicas de redação  
Técnicas de preparação

2023

Alan de Oliveira Dantas Cruz  
Amanda Pinto Neves  
Ana Cléia Clímaco Rodrigues da Silva  
Anderson Vieira da Costa  
Antônio Augusto Dias Júnior  
Bruno Menezes Soutinho  
Caio Souza  
Clarissa Pereira Borges  
Davi Maia Castelo Branco Ferreira  
Felipe Arruda Aguiar Sobreira da Silveira  
Felipe Viana de Araújo Duque  
Francimar Soares da Silva Júnior  
Gabriela dos Santos Barros  
João Marcelo de Almeida e Oliveira  
José Américo da Costa Júnior  
Maíra Mutti Araújo  
Martha Jackson Franco de Sá Monteiro  
Pablo Freire Romão  
Sofia Ramos Sampaio  
Victor Barbosa Santos  
Wendel Nobre Piton Barreto

# UMA SUGESTÃO DE MENTALIDADE

Se houvesse um estudo empírico destinado a demonstrar o percentual de candidatos que se sentem seguros para a sua primeira prova prática teríamos um resultado apontando para perto de zero. Essa aflição, embora seja absolutamente natural, costuma ser canalizada para preocupações menos relevantes quando se analisa o que realmente importa: os critérios de avaliação. É bastante comum, assim, que o aluno iniciante em provas práticas manifeste sua angústia em desabafos do gênero “eu não sei por onde começar a fazer um parecer” ou “se cair recurso tal eu estou frito, pois não sei como estruturá-lo”.

Nesse contexto de inquietação do espírito, é sábia a aplicação do adágio segundo o qual “o tempo cura muitas coisas”. Na preparação para concursos, é mais sábia ainda a paráfrase “**o treino cura muitas coisas**”. Cura, inclusive, esses singelos sofrimentos do aprovado para uma prova prática. Isso é bom. Porém, a má notícia é que, quando essa primeira cortina de fumaça se esvai, o verdadeiro e mais grave problema lhe vem à face: **como atingir o nível de conteúdo exigido nesse tipo de prova.**

Eu dividiria ainda o problema em dois: 1) como atingir o **escopo horizontal** de conteúdos exigidos na prova, ou seja, como selecionar e estudar os temas com maior probabilidade de cobrança em cada uma das disciplinas abrangidas pelas possibilidades editalícias; 2) como atingir o **escopo vertical** de cada um desses assuntos selecionados, isto é, como abordar em profundidade adequada os problemas jurídicos postos a você no dia da sua prova.

Até a quarta edição desse livro, nos preocupamos exclusivamente em ajudá-lo(a) a resolver essas duas partes do verdadeiro desafio, desconfiando que não nos caberia aqui tomar o lugar do **tempo e do treino** enquanto elementos catalisadores do processo de revelação do problema. Imaginávamos, assim, que não seria necessário demonstrar que as formalidades das peças práticas, a despeito da sua relevância, não seriam o “x da questão”.

Nesta quinta edição, todavia, com a medida que julgamos adequada, procuramos neste primeiro capítulo introdutório sugerir a você uma mentalidade: **liberte-se dos primeiros medos que possam permear a sua preparação para uma prova prática, pois há algo mais importante que merece a sua energia e a sua concentração.** E não estamos aqui depreciando as formalidades das peças práticas, tampouco recomendando que você as abandone por completo em seus estudos. A bem da verdade, o que estamos tentando é dirigir a sua atenção para o que vai diferenciá-los dos 90% dos candidatos que pontuarão integralmente nos aspectos formais. Ora, se quase todos os candidatos vão acertar, por exemplo, que o parecer deve ser iniciado com um cabeçalho que contenha as identificações necessárias alinhadas à esquerda; que deve conter uma ementa com sentenças curtas e nominais sobre a solução do caso concreto alinhada à direita e com algum recuo; e que deve ser desenvolvido em tópicos sequenciais de relatório, fundamentação e conclusão, **o que vai diferenciar o primeiro colocado do último?**

Digo mais: talvez a banca examinadora sequer pontue os aspectos estruturais. Pode ser, ainda, que o faça, mas de forma genérica, dispensando poucos décimos pela organização da peça por exemplo. Dessa forma, o ponto é o seguinte: **foque (quase) toda a sua energia naquilo que vai constar no espelho de correção.** Se você seguir esse conselho, pelo menos, 90% do seu tempo merece ser dispendido **no estudo e apreensão do conteúdo jurídico.**

Portanto, a partir dessa edição, é nosso desejo que a obra o ajude de duas maneiras. Primeiro, com essa sugestão inicial, para que você atinja a compreensão exata do seu desafio. Segundo, apresentando-lhe o conteúdo jurídico em bordas horizontais e verticais bem delimitadas.

Se você concordar comigo, posso te sugerir um método para execução dessa mentalidade.

# UMA SUGESTÃO DE MÉTODO

## Para os seus estudos...

Agora você já sabe que estudar para provas práticas envolve muito mais do que memorizar estruturas formais. Sabe também que os primeiros colocados se distanciarão dos demais pela abordagem do conteúdo jurídico adequado para o caso proposto. Talvez o que você não saiba, nesse momento, é como organizar um método de estudo para provas dessa natureza.

Aqui vai uma primeira sugestão: **esteja no domínio absoluto de temas caros à advocacia pública**, como licitações, contratos administrativos, concessões de serviços públicos e PPP, responsabilidade civil do Estado, servidores públicos, intervenção do Estado na propriedade, atos administrativos, impostos federais, estaduais, municipais (a depender da natureza do concurso, se PFN, PGE ou PGM), execução fiscal, receitas e despesas públicas, responsabilidade trabalhista, responsabilidade ambiental e licenciamento ambiental. Também é evidente a necessidade de serem compreendidos e bem manuseados aspectos processuais relacionados à petição inicial, contestação (sobretudo, as preliminares), apelação, agravo de instrumento, recursos extraordinário e especial, ação rescisória, mandado de segurança e pedido de suspensão de liminar.

Outros temas podem ser cobrados em sua prova? Com certeza, mas o ponto é que **os dez primeiros colocados do seu concurso saberão de cor os assuntos citados**. A sua estratégia não pode ser outra, senão reproduzir o que os candidatos mais preparados fazem. Nivele sua preparação por cima!

Assim, estar no “domínio absoluto” desses assuntos pode requerer mais do que estudar o seu caderno. É importante que você conheça várias fontes para o mesmo problema. Isso quer dizer que você precisa conhecer divergências doutrinárias, divergências jurisprudenciais (seja entre tribunais ou entre órgãos colegiados do mesmo tribunal), posições do TCU (sobretudo em matéria de licitações e contratos administrativos), eventualmente posições da procuradoria para a qual você está prestando

# DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

**Proposta 1:** Responsabilidade civil do Estado por suicídio de detento

**Autor:** Caio Souza

## » ENUNCIADO

Bentinho, detento sob custódia do Estado do Mato Grosso, desiludido com o fim do relacionamento amoroso com Maria Capitu, que acabara de lhe comunicar a gravidez de um filho de Escobar, decide suicidar-se repentinamente na frente de sua companheira com uma arma branca que escondia sob o colchão de sua cela.

Ocorre que Dona Glória, mãe de Bentinho, não se conformou com a morte do filho, pelo que, representando o seu espólio, ajuizou ação indenizatória de danos morais e materiais por intermédio da Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso.

Sustenta que o Estado teria o dever de garantir a vida e a integridade física de seu filho e que, se o recolheu em custódia, deve responder pela consecução do resultado danoso.

Afirma que Bentinho era arrimo de família e que a pensão por morte, decorrente da conversão de seu auxílio-reclusão, deixada para Ezequiel, seu filho menor de idade, não é suficiente para manter o mínimo de dignidade da família.

Pleiteou, assim: a) em sede de tutela de urgência e final, o recebimento de pensão no valor de 01 (um) salário-mínimo, até a data em que Bentinho completaria 75 (setenta e cinco) anos de idade; b) indenização por danos morais, no importe de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais); c) honorários advocatícios e demais ônus da sucumbência.

Havendo por bem se manifestar sobre o pleito de urgência após a angularização processual, o juízo da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública citou o Estado do Mato Grosso, que, após a audiência de conciliação, apresentou contestação, arguindo todas as razões de resistência possíveis.

O juízo responsável pelo feito proferiu, então, sentença de total procedência dos pedidos iniciais, condenando o Estado do Mato Grosso a pagar indenização por danos morais e materiais, ambos corrigidos e com aplicação de juros de mora desde o evento danoso, compreendidas nos últimos as despesas com o funeral de Bentinho e com o luto da família. Ademais, o eminente juízo, em sentença, antecipou os efeitos da tutela em relação ao pensionamento civil requerido.

O Estado do Mato Grosso foi intimado da sentença no dia 03/03/2022 (quinta-feira) por remessa dos autos. Na qualidade de Procurador do Estado do Mato Grosso adote a medida processual cabível, datando-a no último dia de prazo (desconsidere a existência de feriados).

## » COMENTÁRIOS

Pela leitura do enunciado, não é tarefa difícil identificar a peça cabível no caso narrado, pois, tendo sido o Estado intimado de sentença condenatória e não havendo na narrativa qualquer informação sobre omissão, obscuridade ou contradição, somente é possível o manejo de **Apelação**, com vistas a anular ou reformar a decisão de primeiro grau.

Para facilitação do entendimento, os comentários serão divididos nos tópicos abaixo:

### I. RECURSO DE APELAÇÃO<sup>1</sup>

A Apelação, como os demais recursos, deve guardar consonância com os pressupostos genéricos de admissibilidade. Seu cabimento está descrito no art. 1.009 do CPC, que define a possibilidade de sua interposição em face de sentença terminativa ou definitiva. O § 1º do mesmo dispositivo, por sua vez, erige a possibilidade de a apelação ser aviada contra decisões interlocutórias não agraváveis.

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

Segundo o princípio da congruência, o julgador está vinculado ao pedido formulado pela parte (art. 492 do CPC), ou seja, o Tribunal somente poderá alterar a decisão recorrida nos limites desta impugnação. Contudo, tal princípio não terá apli-

---

1. Na redação dos tópicos, não escreva qualquer pontuação após o texto, pois isso é considerado erro de morfossintaxe pelo CESPE. Veja como serão redigidos os tópicos destes comentários e tenha muito cuidado para não perder pontos em sua prova por isso!

cação no que se refere a apreciação de matérias de ordem pública, como as condições da ação, decadência, prescrição, etc., bem como, todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro (art. 1013 do CPC). Isso significa que poderá fazer parte do objeto do recurso os antecedentes jurídicos suscitados no processo que possam interferir em seu acolhimento. Inclusive, as questões de fato, não propostas no juízo inferior, desde que a parte recorrente comprove que deixou de fazê-lo por motivo de força maior (art. 1014 do CPC).

A Apelação terá o efeito devolutivo e suspensivo, de modo que as matérias discutidas no julgado são devolvidas para reanálise do Tribunal. Existem casos em que a Apelação somente terá efeito devolutivo, exatamente nas hipóteses do art. 1.012 do Código de Processo Civil.

O prazo para Fazenda Pública interpor o recurso de Apelação é de **30 dias** úteis, contados da **intimação pessoal** (art. 1.003, § 5º, art. 219 e 183, § 1º, do CPC/2015).

No Novo Código de Processo Civil, preservou-se a forma de interposição do recurso, **apenas se modificando o exame de admissibilidade**. Observe que o art. 1.010 disciplina que a apelação será interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterà:

Art. 1.010...

I – os nomes e a qualificação das partes;

II – a exposição do fato e do direito;

III – as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade;

IV – o pedido de nova decisão.

§ 1º O apelado será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 2º Se o apelado interpuser apelação adesiva, o juiz intimará o apelante para apresentar contrarrazões.

§ 3º Após as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, **independentemente de juízo de admissibilidade**.

Desta forma, o juízo monocrático não fará o exame prévio de admissibilidade da Apelação, concentrando-se a totalidade do ato processual no próprio Tribunal.

**CUIDADO!** Todavia, a retirada do juízo de admissibilidade do juízo a quo não resulta no dever de ajuizar o apelo diretamente no Tribunal. Mesmo após o CPC/2015, o recurso de apelação deve ser interposto no juízo de primeira instância, para que este remeta os autos ao Tribunal. Assim, em caso de cobrança da peça, deve o candidato elaborar a chamada “petição de interposição”.

No que tange à extensão da apelação, registre-se cuidar de recurso de fundamentação livre e de devolutividade ampla. Assim, como restou consignado no enunciado

que o Estado do Mato Grosso na contestação abordou “todas as razões de resistência possíveis”, o candidato deveria invocar, também nesta fase processual, todas as teses plausíveis de resistência, considerando-se que a procedência foi total.

**Obs.:** Caso o enunciado enumerasse os pontos arguidos em contestação, os recursos supervenientes restariam limitados às teses dessa peça de defesa, ressalvadas as matérias de ordem pública, pois não se pode inovar em grau recursal, sob pena de supressão de instância. Eis a importância da contestação para defesa da Fazenda Pública, que, em geral, figura como ré.

## II. FORMALIDADES

Não é demais demonstrar ao examinador conhecimento acerca das formalidades que circundam o recurso. O alerta fica por conta da necessidade de o candidato fazê-lo em poucas linhas, pois a probabilidade de o ponto aparecer no espelho é média ou baixa. Todavia, se aparecer, a cautela do candidato garantirá os pontos dispensados pela banca.

No recurso de apelação, é suficiente a exposição acerca do cabimento, tempestividade e desnecessidade de preparo.

### a) *Cabimento*

Como dito, o cabimento da apelação tem fundamento no art. 1.009 do CPC/2015:

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

Assim, como a decisão a ser reformada é uma sentença, resta incontestado o cabimento do recurso de apelação.

### b) *Desnecessidade de preparo*

Quanto à desnecessidade do preparo recursal, em regra, o candidato não precisa abrir um tópico específico para tanto. Todavia, na folha de rosto, por perfeição, deve-se sempre mencionar a isenção do Estado em relação ao preparo recursal, na forma do art. 1.007, § 1º, do CPC.

### c) *Tempestividade*

No que tange à tempestividade, já que foram fornecidos elementos no enunciado, é obrigatório abrir um tópico específico, de poucas linhas, afirmando que o recurso obedeceu ao prazo legal de **30 dias úteis para a fazenda pública**, tendo em vista a combinação dos artigos 183, 219 e 1003, § 5º.

Art. 183. A União, os *Estados*, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de **prazo em dobro para**

***todas as suas manifestações processuais***, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os ***dias úteis***.

Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.

§ 5º ***Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.***

Como o enunciado exige o protocolo da peça recursal no último dia de prazo, o candidato deve contar detidamente o lapso recursal, reparando se o termo *ad quem* cai ou não em dia útil. Ademais, para acertar a data correta, deve-se ter conhecimento de que, a partir da vigência do CPC/2015, as intimações das Fazendas Públicas estaduais e municipais passaram a ser pessoais, com remessa ou carga dos autos, tratando-se de processo físico; ou por meio eletrônico, se o feito tramitar virtualmente.

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da ***intimação pessoal***.

§ 1º ***A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.***

Desta feita, cotejando-se os dados da questão com as normas processuais sobreditas, tem-se que o termo inicial do prazo de 30 dias úteis é o dia da remessa dos autos – 03/03/2022.

Assim, excluindo-se o dia de início e incluindo-se o dia do vencimento, conforme acentua o art. 224 do CPC/2015, o último dia de prazo a ser assinado pelo candidato é dia **14/04/2022**, ressaltando-se que a questão foi expressa ao dispensar a existência de feriados.

Nesse passo, cumpre ao candidato afirmar que o recurso é tempestivo, eis que, sendo protocolado dia 14/04/2022, restou cumprido o prazo legal de 30 dias úteis, conforme os arts. 183, 219 e 1003, § 5º do CPC/2015.

### III. PRELIMINARES<sup>2</sup>

#### a) *Da ilegitimidade ativa do espólio*

O direito de ação está consagrado pela Constituição Federal de 1988 para que qualquer lesão ou ameaça de lesão não se furte à apreciação do Judiciário. No en-

2. **Obs.:** Especialmente no recurso de apelação, não é rara a dúvida dos candidatos sobre o correto enquadramento de teses no gênero “preliminares” ou “mérito”. Existem basicamente duas formas de entender o tema: **1)** as preliminares recursais seriam teses externas à própria

tanto, para que seja exercido esse direito de forma plena, isto é, para que a sentença de mérito seja proferida, apreciando-se o pleito autoral, a ação deve necessariamente observar dois pressupostos: a legitimidade das partes e o interesse de agir.

Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

Conforme se depreende da narrativa, a presente demanda foi proposta pelo espólio do *de cujus*, que vindica indenização por danos morais e materiais alegadamente suportados por sua mãe, Dona Glória. E mais: pede ainda em favor desta pensão mensal.

Ocorre que, embora o espólio tenha legitimidade *ad processum* para figurar em ações judiciais relacionadas à sucessão hereditária, na espécie, não se configura sua legitimidade ativa *ad causam*. Isso porque **NÃO se reconhece legitimidade do espólio para pleitear indenização em favor de terceiros, pois, sendo uma massa patrimonial, NÃO pode, nem mesmo nos limites da teoria da asserção, sofrer dano moral. Dessa feita, sendo a mãe do *de cujus* a suposta vítima dos danos morais, deveria ela mesma ajuizar a presente demanda por *jure próprio*.**

Com efeito, os danos morais e materiais, acaso tivessem de fato ocorrido, teriam incidido diretamente sobre direito das pessoas próximas ao detento falecido, pois seriam elas as vítimas dos abalos emocionais e financeiros decorrentes da morte do ente querido. Não incidiriam, portanto, sobre o espólio, que é apenas uma massa universal dos bens, direitos e obrigações contraídos pelo *de cujus* e em vias de serem partilhados entre os herdeiros.

Há de se consignar, ainda, que embora a suposta vítima tenha sido o *de cujus*, eventuais danos morais e materiais seriam suportados não por ele próprio, mas pelas pessoas que por sua morte amargaram os referidos prejuízos, o que torna patente a ilegitimidade do espólio.

Tal inteligência há muito se faz presente nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, exceto em casos em que o próprio *de cujus* é o titular do direito, o que, repise-se, não é o que acontece no caso em comento. Nessa esteira de pensamento, colham-se os precedentes:

**PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA MUNICÍPIO. DANO MORAL DECORRENTE DE MORTE CAUSADA POR ACIDENTE DE TRABALHO. ESPÓLIO. ILEGITIMIDADE. DIREITO PESSOAL DOS HERDEIROS. SUPERVE-**

---

relação processual inicial, como, por exemplo, a perda superveniente do objeto; e o mérito recursal seria o capítulo destinado às teses de anulação (preliminares de mérito) ou reforma da sentença; **2)** as preliminares recursais se equivaleriam às de mérito, ou seja, as teses para extinguir o feito sem exame do pedido seriam enquadradas como preliminares; e o capítulo destinado ao mérito do recurso equivaleria ao mérito da causa, servindo para a reforma da sentença. Veja que o segundo estilo é similar à sistemática da contestação, sendo mais fácil, no entender deste autor, proceder dessa forma. Para fins de pontuação em concurso, o estilo adotado é irrelevante, bastando o acerto da tese esperada pelo examinador.

NIENTE ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA PELA EC N.º 45/2004. PERPETUATIO JURISDICTIONES. ART. 114, VI, DA CF/88. SENTENÇA. EXISTÊNCIA. 1. Ação indenizatória intentada contra o Município de Teófilo Otoni – MG, na qual se pleiteia reparação por danos morais e materiais decorrentes da morte, em acidente de trabalho, de prestador de serviço. [...] 6. Controvérsia gravitante em torno da legitimidade ativa do espólio para pleitear a reparação por dano moral resultante do sofrimento causado à família do de cujus, em decorrência de seu abrupto falecimento em acidente de trabalho. 7. **O artigo 1.526, do Código Civil de 1916 (atual artigo 943, do CC-2002), ao estatuir que o direito de exigir reparação, bem como a obrigação de prestá-la, transmitem-se com a herança (droit de saisine), restringe-se aos casos em que o dever de indenizar tenha como titular o próprio de cujus ou sucessor, nos termos do artigo 43, do CPC. (...).** 9. **Deveras, cediço que nem sempre há coincidência entre os sujeitos da lide e os sujeitos do processo, restando inequívoco que o dano moral pleiteado pela família do de cujus constitui direito pessoal dos herdeiros, ao qual fazem jus, não por herança, mas por direito próprio, deslegitimando-se o espólio, ente despersonalizado, nomine proprio, a pleiteá-lo, posto carecer de autorização legal para substituição extraordinária dos sucessores do falecido.** 10. **Recurso especial desprovido.** (REsp 697.141/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2006, DJ 29/05/2006, p. 167)

ADMINISTRATIVO E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. BURACOS NA VIA PÚBLICA. FALECIMENTO DE CONDUTOR DE MOTOCICLETA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS SOFRIDOS PELOS HERDEIROS. ILEGITIMIDADE ATIVA DO ESPÓLIO. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. DECISÃO MANTIDA.

1. **O espólio não tem legitimidade ativa ad causam para pleitear indenização por danos morais sofridos pelos herdeiros em decorrência do óbito de seu genitor.** Precedente: EREsp 1.292.983/AL, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 1º/8/2013, DJe 12/8/2013. 2. É incognoscível o recurso especial pela divergência se o entendimento a quo está em conformidade com a orientação desta Corte. Aplicação da Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1396627/ES)

Aliado ao exposto, quando se analisa o pleito por indenização pelos danos morais a ilegitimidade do espólio se torna ainda mais evidente, uma vez que se trata de **direito de caráter personalíssimo, não transmissível.**

Pelo teor poético e esclarecedor, recorreremos às lições precisas de Wilson Melo da Silva<sup>3</sup>:

**“Os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado.** Seu patrimônio ideal é marcadamente individual, e seu campo de incidência o mundo interior de

3. O dano moral e sua reparação, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 648-649.

cada um de nós. (...) Os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. Desaparecem com o próprio indivíduo. *Podem os terceiros compartilhar de minha dor, sentindo, eles próprios, por eles mesmos, as mesmas angústias que eu. O que não se concebe, porém, é que as minhas dores, as minhas angústias, possam ser transferidas de mim para o terceiro. Isto seria atentatório da própria natureza das coisas e, materialmente, impossível. Não existe, pois, o jus hereditatis relativamente aos danos morais, tal como acontece com os danos puramente patrimoniais.* A personalidade morre com o indivíduo, arrastando atrás de si todo o seu patrimônio. Só os bens materiais sobrevivem ao seu titular.”

*(...) Na hipótese, os familiares, dependentes ou os que se sentiram de algum modo lesado poderão intentar ação jure próprio, com o propósito de obter a reparação do dano moral. Não agirão na condição de sucessores da vítima, mas como autores, em nome próprio, buscando a indenização cabível. O espólio, em tal circunstância, não tem legitimidade para postular a indenização do dano moral porque o eventual direito é dos indiretamente lesados (dano em ricochete) e não necessariamente dos herdeiros.”*

Desse modo, tem-se que o direito ao recebimento da indenização por danos morais constitui **direito personalíssimo, absoluto, intransferível**, não tendo o espólio legitimidade para postular a pretendida reparação.

Destarte, forçosa se faz a declaração da ilegitimidade do espólio para postular a indenização por danos morais e materiais, o que, via de consequência, implica a extinção do feito sem resolução do mérito, com supedâneo nos arts. 17 e 485, VI, do Código de Processo Civil.

#### **b) Vício de representação do espólio**

Mesmo que se admitisse a legitimidade ativa do espólio para a causa, no caso narrado, houve vício de representação, pois tal ente despersonalizado deve ser representado pelo inventariante, a teor do art. 75, VII, do CPC/2015:

Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

VII – o espólio, pelo inventariante;

O enunciado não informa se Dona Glória seria ou não a inventariante dos bens do *de cuius*. Assim, no silêncio da narrativa e para não articular fatos inexistentes na questão, não pode o candidato concluir que a mãe de Bentinho seja inventariante dos seus bens, mesmo que se admita a hipótese em tese.

Desta feita, deve o candidato postular a extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, IV, do CPC/2015, acentuando não ser possível a regularização da representação processual em fase recursal.

#### **c) Julgamento extra petita**

Dispõem os arts. 141 e 492 do CPC/2015:

# DIREITO E PROCESSO TRIBUTÁRIO

**Proposta 1:** ICMS: descontos condicionados e embalagens personalizadas

**Autor:** Caio Souza

## » ENUNCIADO

Com o objetivo de contornar a famigerada crise econômica vivenciada atualmente em todo Brasil, a empresa Som Disc LTDA, especializada na venda de CDs e DVDs, decidiu promover uma campanha promocional no mês de dezembro de 2012, aproveitando a vinda da aclamada banda de rock Rolling Stones à cidade de Manaus.

O pacote promocional de dezembro consistia na concessão de 30% de desconto aos clientes que fossem ao show nos álbuns da banda, que seriam entregues em capas personalizadas com uma foto exclusiva do cliente junto aos astros do Rock. As capas seriam produzidas pela empresa Embalagens Personalizadas LTDA, integrante do mesmo grupo empresarial da Som Disc LTDA, tendo o seu valor embutido no preço dos discos.

Após o sucesso do evento, a Som Disc LTDA emitiu as respectivas notas fiscais de faturamento e recolheu ICMS ao fisco do Estado do Amazonas, desconsiderando da base de cálculo do imposto o desconto sobre os discos vendidos na promoção e o valor das embalagens personalizadas.

Ao tomar ciência da operação, em abril de 2017, o fisco amazonense notificou a empresa sobre o lançamento da diferença do ICMS incidente sobre a venda dos CDs e DVDs, bem como sobre as capas personalizadas. Após o devido processo administrativo, remeteu os autos para a Procuradoria-Geral do Estado para que procedesse com a inscrição em dívida ativa e ajuizasse a competente de execução fiscal, o que foi feito em julho do mesmo ano.

Devidamente citada, a empresa apresentou seus embargos à execução, alegando ser indevida a cobrança sobre o valor total das vendas dos CDs e DVDs, uma vez que o desconto concedido, de forma alguma, integra a base de cálculo do ICMS; e que o fornecimento de embalagens personalizadas e sob encomenda é serviço sujeito ao ISS, o que afasta a incidência do ICMS.

O executivo fiscal seguia o trâmite legal, quando, em 12/12/2022, a empresa executada, repetindo a pretensão e fundamentos veiculados nos embargos à execução fiscal, ofereceu ação anulatória de débito fiscal com pedido liminar, para suspensão do crédito tributário e emissão da respectiva certidão negativa de débitos fiscais, justificando a concessão do pleito de urgência na necessidade de concessão de créditos junto ao mercado, que tem sido obstada pelas pendências fiscais narradas.

Citado sobre o teor da ação anulatória, o Procurador-Geral do Estado do Amazonas distribuiu o feito a você, para que adote a medida processual adequada aos interesses da Fazenda Pública estadual. Dispense o relatório dos fatos.

## » COMENTÁRIOS

De imediato, cumpre alertar que os temas cobrados na peça são de suma importância para concursos de procuradorias, sobretudo, para as fases discursiva e prática. O candidato, portanto, não pode deixar brechas em relação à matéria, devendo dominar as principais nuances relacionadas ao **ICMS** e à **execução fiscal**, especialmente aquelas relacionadas à legislação de regência e à jurisprudência pátria.

No que tange aos aspectos processuais, foi cobrada a peça mais frequente na prática da advocacia pública: a **contestação**.

Nessa peça, o que, de fato, demanda atenção é a precisão em relação às preliminares cobradas no enunciado e às teses de mérito, que devam ser suscitadas pelo candidato.

Superadas essas considerações introdutórias, abordemos as teses exigidas pelo examinador:

### I. PRELIMINARES

#### a) *Litispêndência*

Nos termos do art. 337, XI e §§ 1º, 2º e 3º, do CPC/2015:

Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

VI – litispêndência;

§ 1º Verifica-se a litispêndência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§ 3º Há *litispêndência* quando se repete ação que está em curso.

No caso narrado, a empresa executada manejou em juízo a mesma demanda ajuizada anteriormente no bojo da execução fiscal, tendo o enunciado sido claro ao afirmar a repetição na ação anulatória da “pretensão e fundamentos veiculados nos embargos à execução fiscal”.

Sobre o tema, leciona João Aurino de Melo Filho:<sup>1</sup>

Como a ação anulatória e os embargos à execução fiscal são meios de impugnação específicos, pode-se, em tese, imaginar uma situação na qual as duas medidas judiciais existam concomitantemente. Neste caso, deve ser reconhecida a litispêndência entre os embargos à execução e a ação anulatória, se identificados, nos dois processos, as mesmas partes, causa de pedir e pedido.

Cumprir lembrar, por oportuno, a natureza cognitiva dos embargos à execução fiscal, mesmo que sejam ajuizados em procedimento executivo. Assim, não restam dúvidas acerca da identidade dos elementos da ação, mencionados no § 2º do art. 337 do CPC/2015 (mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido), devendo o candidato, por isso, pugnar pela extinção do feito sem resolução do mérito, com base no art. 487, V, do mesmo diploma.

**b) Ausência de interesse de agir (tese minoritária, mas a ser considerada em peças de defesa)**

Há quem defenda que a ação anulatória de débito fiscal não pode ser ajuizada depois de iniciada a execução fiscal, tendo em vista serem os embargos à execução fiscal o meio adequado para atacar a pretensão executiva.

Sendo os embargos o meio específico, inclusive com prazo e características próprias, o ajuizamento posterior da ação anulatória burlaria todo o seu sistema. Os autores que defendem essa tese questionam, por exemplo: por que se deve respeitar o prazo dos embargos à execução fiscal, se é possível o manejo da ação anulatória, respeitando-se, nesse caso, apenas o lustro prescricional, que é bem maior?

Mauro Luís Rocha Lopes, que defende a referida tese, ensina que:

O princípio da concentração da defesa nos embargos (LEF, art. 16, § 2º) impede a propositura de ação anulatória de débito já submetido a execução fiscal, notadamente após o decurso in albis do prazo daqueles.

No STJ, a tese já foi acolhida:

1. Execução Fiscal Aplicada, Ed. Juspodivm, 2014, p. 573.

Proposta a execução, torna-se despicienda e, portanto, falece interesse de agir a propositura de ação declaratória, porquanto os embargos cumprem o desígnio de eventual ação autônoma (REsp 722.303/RS, 31.08.2006).

Todavia, **CUIDADO**: a jurisprudência majoritária, com base no **princípio da ampla defesa e da inafastabilidade da jurisdição**, admite o ajuizamento de ação anulatória, mesmo depois de ajuizada a execução fiscal, independente da oposição ou fluência do prazo dos embargos à execução fiscal. É que a preclusão decorrente da fluência do prazo para oposição dos embargos somente produz efeitos endoprocessuais, não podendo atingir, portanto, uma ação manejada fora do processo executivo, que se submete tão somente ao prazo prescricional.

Entretanto, embora seja prevalecente posição em sentido contrário, em peças práticas de defesa da Fazenda Pública, o candidato deve sustentar a posição minoritária, sobretudo porque defendida por doutrina especializada. O alerta se acentua em provas CESPE, que já exigiu teses minoritárias em peças práticas, como ocorreu, por exemplo, na terceira fase da PGE/PI, em cujo espelho constou a exigência da defesa do prazo em quádruplo, com esteio no revogado art. 188 do CPC/73, para contestar ação popular.

O tema pode ser assim esquematizado:

<b>Mauro Luís Rocha Lopes e posição minoritária do STJ</b>	<b>Posição majoritária do STJ</b>
<p>Não é possível o manejo de ação anulatória depois de iniciada a execução fiscal, mormente após o transcurso do prazo para a oposição de embargos à execução fiscal. Os embargos seriam o meio adequado, por aplicação do princípio da concentração da defesa previsto no art. 16, § 2º, da LEF. Permitir-se o ajuizamento de outra ação tornaria inútil o sistema dos embargos, especialmente no que tange ao prazo para sua oposição.</p> <p><b>Posição minoritária:</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Defender em provas práticas;</li> <li>2. Abordar em provas discursivas, com a ressalva de ser minoritária;</li> <li>3. Desconsiderar em provas objetivas.</li> </ol>	<p>É possível o manejo de ação anulatória, mesmo depois de ajuizada a execução fiscal, independente da oposição ou fluência do prazo dos embargos à execução fiscal. Tem aplicação, na espécie, os princípios da ampla defesa e da inafastabilidade da jurisdição. Ademais, o transcurso do prazo in albis para a oposição de embargos à execução fiscal resulta em preclusão, que, como tal, somente produz efeitos endoprocessuais, não podendo evitar o ajuizamento de ação autônoma fora do processo executivo.</p> <p><b>Posição majoritária:</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Desconsiderar em provas práticas;</li> <li>2. Abordar em provas discursivas;</li> <li>3. Considerar em provas objetivas.</li> </ol>

## II. PREJUDICIAL DE MÉRITO: PRESCRIÇÃO

Na esteira de João Aurino de Melo Filho, o devedor dispõe de um prazo prescricional para exercer a pretensão de anular o ato administrativo constitutivo do cré-

dito fiscal, pois a ação anulatória de lançamento tributário possui eficácia constitutiva negativa e não simplesmente declaratória.

Consoante jurisprudência do STJ, na ausência de norma específica, deve ser aplicado o prazo previsto no art. 1º do Decreto-Lei n.º 20.910/32, que trata, de modo geral, do prazo de **prescrição quinquenal** de pretensões formuladas contra a Fazenda Pública.

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

O termo inicial do lustro prescricional, segundo o STJ, é **a data da notificação do ato administrativo do lançamento**: *“isto porque o escopo da demanda é a anulação total ou parcial de um crédito tributário constituído pela autoridade fiscal, mediante lançamento de ofício, em que o direito de ação contra a Fazenda Pública decorre da notificação desse lançamento”*.

No caso narrado, a notificação do lançamento das diferenças ocorreu em abril de 2017, tendo a executada ajuizado a ação anulatória somente em 12/12/2022, portanto, depois de passados mais de 5 (cinco) anos do marco acima referido. Assim, deve o candidato postular a extinção do feito com resolução do mérito, com base no art. 487, II, do CPC/2015, por ter a pretensão autoral sido fulminada pela prescrição quinquenal.

### III. MÉRITO

#### a) *Descontos condicionais integram a base de cálculo*

A empresa executada se insurgiu contra a execução fiscal proposta pelo Estado do Amazonas, alegando ser indevida a cobrança sobre o valor total das vendas dos CDs e DVDs, uma vez que o desconto concedido, de forma alguma, integra a base de cálculo do ICMS”.

Sobre o tema, insta registrar que a Lei Complementar n.º 87/96 é expressa ao afirmar que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria.

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I – na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

Por essa razão, entende o STJ que os descontos **incondicionais e as bonificações** não se incluem na base de cálculo do ICMS, exatamente porque não compõem o valor da operação pela qual decorre a saída da mercadoria. Nesse sentido, a Súmula 457 do STJ: *“os descontos incondicionais nas operações mercantis não se incluem na base de cálculo do ICMS”*.

Todavia, diferente é o tratamento dispensado aos **descontos condicionais**, que integram a base de cálculo do ICMS, por força do art. 13, § 1º, II, a, da Lei Kandir:

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses dos incisos V, IX e X do caput deste artigo:

II – o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, ***bem como descontos concedidos sob condição;***

No enunciado, restou clara a concessão condicionada do desconto sobre o preço dos discos, pois, para conseguir o abatimento no valor da mercadoria, os clientes deveriam ir ao show da banca de rock que ilustrou a narrativa.

Portanto, deve o candidato defender a improcedência da pretensão anulatória, em relação ao lançamento das diferenças concernentes à integração da base de cálculo pelo valor dos descontos condicionados.

#### **b) Embalagens utilizadas em processo subsequente de comercialização**

A executada defendeu que o valor das capas dos discos não poderia ser considerado na base de cálculo do imposto, já que “o fornecimento de embalagens personalizadas e sob encomenda é serviço sujeito ao ISS, o que afasta a incidência do ICMS”.

Não se nega que, caso prevaleça a prestação de serviço personalizado, ainda que acompanhada do fornecimento de mercadoria, haverá a incidência apenas do ISS. Nesse sentido, preceitua a súmula 156 do STJ: “*a prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está sujeita, apenas, ao ISS*”.

Todavia, o referido enunciado jurisprudencial NÃO se aplica ao caso narrado, pois para incidência apenas do ISS, os serviços de impressão gráfica devem preponderar na operação comercial. Se, por outro lado, as embalagens personalizadas integram o processo produtivo de comercialização, sendo deste apenas mais um elemento, haverá incidência do ICMS, e não do ISS.

O STJ e STF abonam a tese ora defendida:

TRIBUTÁRIO. ISS. CONFECÇÃO DE SACOS DE PAPEL COM IMPRESSÃO GRÁFICA PERSONALIZADA. ATIVIDADE PREPONDERANTEMENTE INDUSTRIAL. SÚMULA 156 DO STJ. NÃO INCIDÊNCIA. 1. A atividade de confecção de sacos para embalagens de mercadorias, prestada por empresa industrial, deve ser considerada, para efeitos fiscais, atividade de industrialização. ***A inserção, no produto assim confeccionado, de impressões gráficas, contendo a identificação da mercadoria a ser embalada e o nome do seu fornecedor, é um elemento eventual, cuja importância pode ser mais ou menos significativa, mas é invariavelmente secundária no conjunto da operação.*** 2. A súmula 156 do STJ, segundo a qual “a prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob enco-

menda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, esta sujeita, apenas, ao ISS”, tem por pressuposto, conforme evidenciam os precedentes que a sustentam, que os serviços de impressão gráfica sejam preponderantes na operação considerada. ***Pode-se afirmar, portanto, sem contradizer à súmula, que a fabricação de produtos, ainda que envolva secundariamente serviços de impressão gráfica, não está sujeita ao ISS.*** 3. Recurso especial a que se dá provimento (REsp 725.246/PE, Teori Zavaski, DJ 14/11/2005).

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONFLITO ENTRE IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA E IMPOSTO SOBRE OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL. PRODUÇÃO DE EMBALAGENS SOB ENCOMENDA PARA POSTERIOR INDUSTRIALIZAÇÃO (SERVIÇOS GRÁFICOS). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADA PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME AO O ART. 1º, CAPUT E § 2º, DA LEI COMPLEMENTAR 116/2003 E O SUBITEM 13.05 DA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA. FIXAÇÃO DA INCIDÊNCIA DO ICMS E NÃO DO ISS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. (...) ***O ISS não incide sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens, destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de circulação de mercadoria. Pre-sentes os requisitos constitucionais e legais, incidirá o ICMS.*** (STF, ADI 4.389-MC)

Em resumo, têm-se:

ISS	ICMS
Preponderância do serviço de composição gráfica, ainda que envolva secundariamente o fornecimento de mercadoria.	Preponderância da circulação de mercadoria, ainda que envolva secundariamente a prestação de serviço de composição gráfica. As embalagens, nesse caso, são apenas mais um elemento do processo produtivo da mercadoria e, por isso, devem compor a base de cálculo do ICMS.

Assim, deve o candidato defender a improcedência das razões da executada também neste particular, pois o valor das embalagens embutido no preço dos discos deve compor a base de cálculo do ICMS, exatamente porque integraram o processo de comercialização de mercadoria.

#### IV. IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA, PARA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO E EMISSÃO DE DECLARAÇÃO NEGATIVA DE DÉBITOS

Dispõe o art. 38 da Lei n.º 6.830/80:

A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de

repetição do indébito ou **ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito**, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Como não poderia deixar de ser, a jurisprudência tem declarado a inconstitucionalidade do referido dispositivo, exatamente porque, a partir dele, estaria se exigindo depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial, em que se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário, em afronta direta à Súmula Vinculante 28 (é inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário).

Todavia, embora não se possa exigir o depósito prévio como pressuposto de admissibilidade de ação judicial, **o simples ajuizamento da pretensão anulatória, desacompanhada de qualquer garantia, não possui o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, tampouco o curso da execução fiscal**. É que, por força do art. 784, § 1º, do CPC/2015, “a propositura de qualquer ação relativa a débito constante de título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução”.

Com efeito, as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário estão previstas no art. 151 do CTN, sendo o depósito do montante integral uma delas:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I – moratória;

**II – o depósito do seu montante integral;**

III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

**V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;**

VI – o parcelamento.

Todavia, embora a executada não tenha efetuado o depósito prévio, poderia se imaginar a possibilidade de o pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário se estribar no inciso V do art. 151. Porém, **CUIDADO: proposta a ação anulatória DEPOIS de iniciada a execução fiscal, devem ser aplicadas, à ação anulatória, as mesmas restrições que seriam aplicáveis aos embargos à execução fiscal, sob pena de se relegar esta defesa à completa inutilidade**.

Ora, se a concessão da tutela de urgência, na ação anulatória, dependesse tão somente dos requisitos do art. 300 do CPC/2015 (probabilidade do direito e risco de dano), o executado não teria interesse no manejo dos embargos à execução fiscal, cujos efeitos suspensivos dependem, além dos requisitos mencionados, da garantia do juízo.

João Aurino de Melo Filho pondera que a literalidade do art. 151, V, do CTN não distingue o momento em que ajuizada a ação, se antes ou depois da propositu-

ra da execução fiscal. Segue afirmando, contudo, que, como a suspensão da exigibilidade do crédito implica a suspensão da própria execução fiscal, “forçoso reconhecer, por imposição lógica, que, depois de ajuizada a execução fiscal, a exigibilidade do crédito poderá, sim, ser suspensa por decisão judicial, **mas apenas no caso de estar presentes os requisitos do art. 919, § 1º, do CPC/2015**”, dentre os quais, a **garantia do juízo**.

É possível esquematizar o tema da seguinte forma:

Tutela de urgência requerida <b>ANTES</b> do início da execução	Tutela de urgência requerida <b>DEPOIS</b> do início da execução
A concessão depende do preenchimento dos requisitos previstos na fase de conhecimento, quais sejam, probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300 do CPC/2015). É desnecessária, portanto, a garantia do juízo ou o depósito prévio.	A concessão depende do preenchimento dos requisitos previstos para o deferimento do efeito suspensivo aos embargos à execução, quais sejam, probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e <b>desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes</b> (art. 919, § 1º, do CPC/2015).

Assim, o candidato deve combater o pedido liminar “para suspensão do crédito tributário e emissão da respectiva certidão negativa de débitos fiscais”, justificando que, para tal concessão, não basta a alegação de urgência, devendo o executado demonstrar a probabilidade do direito e, também, a garantia do juízo, o que não ocorreu no caso narrado.

Além disso, sequer em tese seria possível a concessão da liminar para emissão de Certidão Negativa de Débito, já que o art. 206 do CTN confere ao devedor tão somente o direito à Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, quando estiver em curso ou suspensa execução fiscal.

## V. PEDIDOS E FECHAMENTO

Ao final, deve o candidato organizar os seus pedidos, preferencialmente, em tópicos, conforme a sucessão de teses apresentadas na peça. Segue exemplo:

*Diante do exposto, o Estado do Amazonas requer sucessivamente:*

- a) *A extinção do feito sem resolução do mérito, com base no art. 485, V c/c art. 337, VI, do CPC/2015, em razão da litispendência;*
- b) *A extinção do feito sem resolução do mérito, com base no art. 485, VI, do CPC/2015, em razão da ausência de interesse de agir;*
- c) *A extinção do feito com resolução do mérito, com base no art. 487, II, do CPC/2015, em razão da prescrição;*
- d) *A total improcedência dos pedidos e o indeferimento do pedido liminar, uma vez não demonstrados os requisitos autorizadores da medida.*

Para fechar a peça contestatória, o candidato deve protestar pela produção de provas e assinar as designações “local, data” e “Procurador do Estado”, se outra não for a orientação da banca.

## » CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO

<b>CONTESTAÇÃO</b>
<p><b>ACERTO DA PEÇA</b></p> <p>1. Cabimento de <b>Contestação</b>, endereçada ao juízo da X Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Manaus, com fulcro no art. 335 do CPC;</p>
<p><b>PRELIMINARES</b></p> <p>1. Litispendência;</p> <p>2. Ausência de interesse de agir;</p>
<p><b>PREJUDICIAL DE MÉRITO</b></p> <p>Prescrição quinquenal da pretensão anulatória, na forma do art. 1º do Dec. 20.910/32;</p>
<p><b>MÉRITO</b></p> <p>1. Descontos condicionados integram a base de cálculo do ICMS. Aplicação do art. 13, § 1º, I, a, da Lei Kandir.</p> <p>2. Embalagens, ainda que personalizadas, integraram o processo de circulação de mercadoria, devendo compor a base de cálculo do ICMS;</p>
<p><b>PEDIDO LIMINAR</b></p> <p>1. Impossibilidade de concessão do pedido liminar, para suspensão da execução e expedição de CND, em razão do não cumprimento dos requisitos autorizadores da medida. Necessidade de demonstração da probabilidade do direito e da garantia do juízo;</p> <p>2. Impossibilidade da liminar para emissão de CND. Acaso suspensa a execução fiscal, o devedor teria direito à CPEN e não à CND.</p>
<p><b>PEDIDOS E ENCERRAMENTO</b></p> <p>Deve-se requerer que o feito seja extinto sem resolução do mérito, por litispendência ou ausência de interesse de agir, ou, sucessivamente, com resolução do mérito, por incidência da prescrição. Requerer, ao final, a total improcedência da pretensão autoral, protestar por provas, local e data e assinar da forma devida.</p>

**Proposta 2:** ICMS-comunicação**Autor:** Caio Souza**» ENUNCIADO**

A empresa de telecomunicações e telefonia móvel Fale Mais S/A ingressou com ação judicial de rito ordinário na 1ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Aracaju/SE contra o Estado do Sergipe, com vistas a ser reconhecido direito à compensação tributária de créditos decorrentes da cobrança de ICMS sobre operações de comunicações inadimplidas pelos usuários, operações decorrentes de furtos ou “clonagem de linha”, bem como sobre o valor pago a título de assinatura básica mensal pelo serviço de telefonia.

Em sua petição inicial, aduz a autora que o descumprimento da operação de compra e venda mercantil tem o condão de malferir a ocorrência do fato gerador nos dois primeiros casos e que os serviços de habilitação, instalação, disponibilidade, assinatura, cadastro de usuário e equipamento, entre outros serviços, que configurem atividade-meio ou serviços suplementares, não sofrem a incidência do ICMS.

Com a referida causa de pedir, pleiteia a compensação de créditos tributários, vencidos e vincendos, com os valores decorrentes do pagamento das obrigações tributárias contestadas. Requer, ainda, que a imputação dos créditos pleiteados seja feita primeiramente nos juros vencidos e, somente depois, no valor do montante principal, conforme dicção do art. 354 do CC/2002. Afirmando estarem presentes os requisitos autorizadores da medida, postula liminar para suspender o crédito tributário a compensar, com base no art. 151, V, do CTN.

Distribuída a ação inicial, o juízo processante, entendendo aplicável à espécie o art. 334, § 4º, II, do CPC/2015, dispensou a audiência de conciliação e citou o Estado do Sergipe para contestar o feito no prazo de 30 (trinta) dias úteis. Na qualidade de Procurador do Estado do Sergipe, elabore a peça processual cabível, assinando-a no último dia de prazo, considerando que o oficial de justiça citou o ente público no dia 25/11/2022 (sexta-feira) e que o mandado cumprido foi juntado aos autos dia 28/11/2022 (segunda-feira). Dispense o relatório dos fatos e desconsidere a existência de feriados.

**» COMENTÁRIOS**

Na presente questão, cobramos temas de direito tributário extremamente relevantes para concursos de procuradorias estaduais: **ICMS-comunicação e compensação tributária**. As teses abordadas na peça processual foram extraídas de debates jurisprudenciais travados no âmbito do STF e STJ, acentuando-se a necessidade de o candidato estar afinado com o estudo dos informativos publicados, pelo menos, nos

# DIREITO ADMINISTRATIVO

**Proposta 1:** Aplicabilidade da Lei n.º 14.133/2021

**Autor:** Caio Souza

## » ENUNCIADO

Trata-se de consulta iniciada no âmbito da Subsecretaria da Administração Central de Licitações – CELIC a respeito da aplicabilidade e eficácia da Nova Lei de Licitações - Lei nº 14.133/2021.

A CELIC informa que gestores têm registrado a intenção de aplicar imediatamente a Lei n.º 14.133/2021 às contratações de suas pastas, pois tal medida conferiria “agilidade e redução de dispêndio de recursos materiais e humanos nos processos administrativos licitatórios para manutenção de provimento de bens e serviços”. No entanto, manifesta preocupação não apenas em relação à plena eficácia e aplicabilidade da nova lei, mas também a respeito da vigência das normas estaduais sobre o assunto.

Depurando as intenções e receios dos gestores em relação ao manuseio do novo regramento legal, a CELIC, por meio da Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, submeteu à análise da Procuradoria-Geral do Estado os seguintes questionamentos:

1. A Lei n.º 14.133/2021 é imediatamente aplicável ou apenas algumas de suas regras? Seria possível, por exemplo, contratar diretamente com base no art. 75 da nova lei? Seria possível utilizar no mesmo procedimento licitatório parte da nova lei e parte da Lei n.º 8.666/93?
2. As normas estaduais sobre licitações e contratos administrativos, a exemplo da Lei Estadual 13.191/2009, que trata do pregão eletrônico no âmbito do RS, permanecem vigentes com a publicação da nova lei?

3. As normas gerais da nova lei necessitam de regulamentação do Estado para serem aplicadas? Os regulamentos estaduais permanecem vigentes?

Na qualidade de Procurador(a) do Estado, resolva a consulta formulada por meio de parecer jurídico, que não deve ser identificado.

## » COMENTÁRIOS

### I. ASPECTOS ESTRUTURAIS

A atividade de consultoria jurídica é um dos papéis institucionais da advocacia pública. Assim, por meio de parecer, o advogado público presta assessoramento técnico ao Poder Público.

A consultoria é feita por meio da análise estritamente jurídica, de modo que o candidato deve ter cuidado para não adentrar na análise de temas técnicos, que compõem o mérito administrativo. Estes são de responsabilidade do gestor público, a quem foi atribuída competência para deliberar sobre sua conveniência e oportunidade (discricionariedade administrativa).

A título ilustrativo, mencione-se o que dispõe o enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU:

“O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável. Ademais, caso adentre em questão jurídica que possa ter reflexo significativo em aspecto técnico deve apontar e esclarecer qual a situação jurídica existente que autoriza sua manifestação naquele ponto.”

Dito isto, é importante relembrar a estrutura do parecer, composta inicialmente por um cabeçalho com as seguintes informações:

Parecer nº \_\_\_\_\_

Interessado (ou consulente): \_\_\_\_\_

Assunto: \_\_\_\_\_

As informações epigrafadas devem ser extraídas exclusivamente do enunciado da questão. Se alguma delas não estiver prevista, não crie nenhum dado e, além disso, seja objetivo ao preencher tais campos. É importante que o aluno tente seguir essa estrutura básica, tendo em vista que **as bancas têm atribuído pontuação para os candidatos que apresentem os itens básicos do parecer.**

Após essas informações iniciais, deve ser elaborada uma “ementa” (geralmente justificada à direita da página), na qual o candidato deve inserir informações que resumam os principais pontos tratados no parecer. Recomenda-se que o primeiro período a ser inserido seja o ramo jurídico de seu conteúdo, seguido da indicação dos aspectos jurídicos de maior relevo, de maneira a favorecer a sua indexação.

**Dica:** a ementa tem de estar na porção **direita** da folha. Os tópicos essenciais da matéria devem ser apresentados sob a forma de **frases nominais**, *ou seja*, **frases sem verbo**. A ementa deve reunir, de forma **lógica e coordenada**, **as principais palavras-chave** utilizadas na elaboração do parecer.

A ementa é um breve resumo sobre o teor do parecer. Aconselha-se deixar um espaço em branco após o cabeçalho. Quando concluída a peça, o aluno deve voltar para o espaço deixado em branco para a elaboração da ementa. Na ementa, registre a seguinte gradação: **DISCIPLINA, GRANDE TEMA, TEMA ESPECÍFICO, TESES**.

Exemplo de ementa sobre a situação hipotética:

DIREITO ADMINISTRATIVO. NOVA LEI DE LICITAÇÕES. APLICABILIDADE E EFICÁCIA IMEDIATAS DO NOVO DIPLOMA, INCLUSIVE DAS REGRAS DE CONTRATAÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS. VIGÊNCIA DOS REGULAMENTOS ESTADUAIS. NORMAS GERAIS DA NOVA LEI. DEFINIÇÃO CASUÍSTICA.

No que tange ao texto, ele deve ser subdividido em relatório, fundamentação e conclusão.

O relatório deve ser sucinto. O aluno deve sempre lembrar que o examinador já tem os fatos. O ideal é gastar tempo e espaço com conhecimento jurídico, pois a mera transcrição do enunciado não concede pontos. Trata-se de mero cumprimento de formalidade. Desse modo, quando não dispensado, o aluno deve reservar, no máximo, cinco linhas para o relatório.

A fundamentação ideal é separada em tópicos. Isso facilita a correção do examinador. Veja abaixo os tópicos de mérito necessários à pontuação integral.

## II. FUNDAMENTAÇÃO

### 1. Aplicabilidade e eficácia da Nova Lei de Licitações: panorama geral

Um dos temas mais debatidos a partir da publicação da Lei n.º 14.133/2021 – NLLC é exatamente se a sua aplicabilidade e eficácia seriam imediatas, a despeito de não restarem dúvidas sobre a sua vigência imediata.

Isso porque alguns mecanismos previstos na NLLC ainda não foram implementados, bem como algumas normas gerais ainda padecem de regulamentação. Dessa

forma, embora todos concordem que o novo diploma vige desde a data da sua publicação na forma do seu art. 194, questiona-se se a sua eficácia estaria condicionada à consecução material desses fatores ainda remanescentes.

É importante, portanto, ressaltar a distinção entre **vigência e eficácia**, sendo certo que

A palavra **eficácia**, no âmbito jurídico, está relacionada à **produção de efeitos normativos**, isto é, à **efetiva irradiação das consequências próprias à norma**. Muitos juristas a utilizam como sinônimo de **vigência**, denotando a qualidade da norma de produzir efeitos, mas, **vigência e eficácia não se confundem. Uma coisa é a norma estar apta a produzir as consequências que lhe são próprias, outra coisa é a produção destas consequências**. Existem regras jurídicas que gozam de tal aptidão, mas efetivamente não produzem qualquer efeito na ordem do direito, nem na ordem social, porque não incidem, ou porque não são cumpridas por seus destinatários<sup>1</sup>.

Dessa feita, embora uma lei tenha aptidão para, em tese, produzir efeitos (isto é, vigência), é possível que, no plano material, não os produza efetivamente (isto é, eficácia). Isso por duas razões fundamentais: (i) é possível que não haja eventualmente fatos subsumíveis ao comando normativo, ou seja, que não haja causalidade normativa (*ineficácia jurídica*); (ii) é possível que existam impeditivos materiais à eficácia da norma, a exemplo da inexistência de regulamentação do seu comando ou da existência de outras normas que interditem a sua aplicação (*ineficácia técnica*).

Com base nessa distinção, a Câmara Nacional de Licitações e Contratos Administrativos da AGU, no Parecer 00002/2021/CNMLC/CGU/AGU, concluiu que os dispositivos da NLLC que necessitem de regulamentação ainda não editada, embora vigentes, permanecem ineficazes, a exemplo do art. 174 que cria no plano normativo o Portal Nacional de Contratações Públicas.

Não obstante o debate, tem prevalecido o entendimento<sup>2</sup> no sentido de que a nova lei pode ser aplicada imediatamente com plena eficácia. Primeiro porque o seu art. 191 estatuiu a **possibilidade** de as administrações públicas escolherem o procedimento licitatório estabelecido nesta lei, bastando que para tanto **a opção esteja indicada “expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta”**.

Portanto, dada a potencialidade da NLLC de ser aplicada imediatamente – se assim desejarem os gestores –, **certamente o procedimento de contratação direta nela estabelecido também possui eficácia plena, inclusive no que toca aos valo-**

1 CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. 3a.ed. São Paulo: Noeses, 2013, p.553-554.

2 No âmbito do Rio Grande do Sul, este entendimento está consolidado no PARECER PGRS 18.761/21.

**res autorizativos, pois não é possível se optar pelo novo diploma e remendá-lo com as regras de dispensa e inexigibilidade de licitação da Lei n.º 8.666/93.** Se há a opção por seguir os novos ditames legais, estes devem ser considerados de forma integral por expressa **vedação legal contida no art. 191 da intenção de combinar dispositivos da NLLC com outros das leis licitatórias a que se refere o art. 193** – Lei 8.666/93, Lei 10.520/02 e Lei 12.462/11.

## 2. Vigência e eficácia das normas estaduais

Nos termos do art. 22, XXVII, da CF/88, compete privativamente à União legislar sobre **normas gerais** de licitações e contratos administrativos, cabendo aos Estados, no entanto, a competência para suplementar com normas específicas a legislação nacional, conforme previsão do §2º do art. 24 da CF/88.

Assim, com base, sobretudo, na Lei n.º 8.666/93 e 10.520/02, muitos estados promulgaram legislações suplementares em matéria de licitação. Até aqui, tudo bem. Mas a pergunta é: o que acontece quando é revogada a legislação nacional, a partir da qual decorreu a legislação local? Também é revogada em uma espécie de “arrastamento”?

A resposta pode ser dada sob a ótica de dois artigos.

- (i) O art. 2º da LINDB condiciona a vigência da lei até a sua modificação ou revogação, isto é, até que outra lei revogue ou altere a que está vigendo, esta permanecerá em vigor. Este é o princípio da continuidade normativa. Logo, em termos de vigência, não há dúvidas de que a NLLC não revogou as legislações estaduais suplementares, a exemplo da Lei Estadual 13.191/2009;
- (ii) Todavia, o 24, §4º, da CF/88, afirma expressamente que a superveniência de lei federal suspende a eficácia de lei estadual no que esta lhe contrariar. Assim, embora o diploma estadual permaneça integralmente vigente, a eficácia dos seus dispositivos dependerá de sua compatibilidade com as normas gerais editadas pela União. Obs.: o artigo citado se refere à “lei federal” em seu sentido amplo (=lei editada pela União), cujo alcance abrange também as leis nacionais (e não apenas as federais em seu sentido restrito).

Além disso, no caso específico do material legislativo sobre licitações, é importante frisar que até mesmo as leis antigas (Lei 8.666/93, Lei 10.520/02 e Lei 12.462/11) permanecem válidas até 01/04/2023, razão pela qual os diplomas estaduais que as suplementar permanecem com sua eficácia plena pelo menos até o referido marco.

## 3. Aplicabilidade das normas gerais da NLLC

A dúvida sobre a aplicabilidade das normas gerais da NLLC surge pelo fato de que muitos de seus dispositivos remetem a sua concretização material à regulamentação federal ou local. É de se pontuar que, quando a regulamentação deva ser fei-

ta pela União, a NLLC, como regra, é expressa em mencionar tal obrigatoriedade, a exemplo do art. 70, parágrafo único, que se refere à “regulamento emitido pelo Poder Executivo Federal”. Nos demais casos, entende-se que o regramento específico deva ser editado pelo ente federado interessado. Estados, DF e municípios podem, inclusive, valer-se de regulamento federal se assim desejar (art. 187).

Feitas essas observações, é possível citar algumas normas gerais da NLLC que expressamente demandam regulamentação<sup>3</sup>:

1. Regras de atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos, devendo ser prevista a possibilidade que contem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto na nova Lei de Licitações (artigo 8º, § 3º);
2. Catálogo eletrônico de padronização (artigo 19, § 1º);
3. Definição de artigos de luxo (artigo 20, §§ 1º e 2º);
4. Valor estimado para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral (artigo 23, § 1º);
5. Processo licitatório para a contratação de obras e serviços de engenharia (artigo 23, § 2º);
6. Programa de integridade (artigo 25, § 4º);
7. Percentuais mínimos da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação (artigo 25, § 9º);
8. Margem de preferência para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis (artigo 26);
9. Procedimentos operacionais para o leilão (artigo 31);
10. Custos indiretos (artigo 34, § 1º);
11. Desempenho pretérito na execução de contratos com a Administração a ser considerado na pontuação técnica (artigo 36, § 3º);
12. Contratações de soluções baseadas em software de uso disseminado (artigo 43, § 2º);
13. Critério de desempate de propostas quanto ao desenvolvimento de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho (artigo 60, III);
14. Negociação de condições mais vantajosas com o primeiro colocado (artigo 61, § 2º);
15. Habilitação eletrônica (artigo 65, § 2º);
16. Provas alternativas de conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço semelhante (artigo 67, § 3º);

---

3 Hipóteses extraídas do PARECER PGERs Nº 18.761/21.

17. Situações de inadmissão de atestados de responsabilidade técnica (artigo 67, § 12);
18. Dispensa para a contratação que tenha por objeto produtos de pesquisa e desenvolvimento, quando aplicada a obras e serviços de engenharia (artigo 75, § 5º);
19. Critérios para os procedimentos auxiliares (artigo 78, § 1º);
20. Procedimentos de credenciamento (artigo 79, parágrafo único);
21. Manifestação de interesse para a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública (artigo 81);
22. Seleção, hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação e procedimento público de intenção no sistema de registros de preços (artigo 82, § 5º, II, e § 6º, e artigo 86);
23. Critérios, condições e limites para realização de licitação restrita a fornecedores cadastrados (artigo 87, § 3º);
24. Cadastro, alteração, suspensão e cancelamento do registro de atesto de cumprimento de obrigações pelo contratado (artigo 88, §§ 4º e 5º);
25. Regras da forma eletrônica de celebração dos contratos (artigo 91, § 3º);
26. Modelo de gestão do contrato (artigo 91, inciso XVIII);
27. Hipóteses de vedação, restrições ou condições para a subcontratação (artigo 122, § 2º);
28. Procedimentos e critérios sobre as causas de extinção dos contratos (artigo 137, § 1º);
29. Prazos e métodos para recebimentos provisório e definitivo do objeto do contrato (artigo 140, § 3º);
30. Fixação do pagamento com base em percentual sobre o valor economizado em determinada despesa, quando o objeto do contrato corresponder à implementação de processo de racionalização (artigo 144, § 1º);
31. Forma de cômputo e as consequências da soma de sanções aplicadas a uma mesma empresa por contratos distintos, nos casos das sanções dos incisos I, II, III e IV do *caput* do artigo 156 (artigo 161, parágrafo único); e
32. Realização de contratações por meio de sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado (artigo 175, § 1º).

Conforme já mencionado, de acordo com o entendimento da AGU, que vincula apenas os entes e entidades federais, **os dispositivos da NLLC não regulamentados padecem de ineficácia técnica, restando, por isso, com sua aplicabilidade interdita.**

Entretanto, existe leitura mais flexível em relação ao ponto. Isso porque **é possível se interpretar que, a depender do dispositivo legal, a previsão de regulamen-**

**tação ora seja requisito obrigatório para a consecução dos efeitos legais, ora seja critério meramente auxiliar à concretização factual da norma.** Por exemplo, no caso dos procedimentos auxiliares (art. 78, §1º), é possível se entender que o regulamento seja meramente complementar à criação dos respectivos critérios, já que os procedimentos – como o credenciamento, a título ilustrativo – já estão objetivamente regulamentados na própria lei. De outra forma, as contratações por sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado (artigo 175, § 1º) não estão devidamente regulamentadas em nível legal, razão pela qual a sua efetivação, neste caso, depende sim de regulamento infralegal.

Portanto, respondendo ao quesito formulado, o candidato deve (i) indicar a divergência sobre a necessidade de regulamentação infralegal das normas gerais da NLLC para produção dos seus efeitos, concluindo na forma do entendimento da PGRS; (ii) ressaltar que esta regulamentação não necessariamente precisa ser do Estado, que pode se valer, na forma do art. 187, de regulamento federal.

## » CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO

PARECER
<p><b>Aspectos introdutórios e organização</b>  <b>Cabeçalho, ementa, conclusão e organização da fundamentação em tópicos;</b></p>
<p><b>1. Aplicabilidade e eficácia da Nova Lei de Licitações: panorama geral</b></p> <p>1.1 Apontar divergência: (i) primeira corrente: distinção entre vigência e eficácia da norma; impossibilidade de aplicação de regras carecedoras de regulamentação; ineficácia técnica. (ii) segunda corrente: aplicabilidade imediata com base na opção dada pelo art. 191 da NLLC; condição restrita à indicação expressa da opção pelo novo procedimento no edital ou instrumento de convocação direta. Prevalência da segunda corrente;</p> <p>1.2 Possibilidade de contratação direta com base no art. 75 da NLLC;</p> <p>1.3 Impossibilidade de combinação legislativa. Citar parte final do art. 191.</p>
<p><b>2. Vigência e eficácia das normas estaduais</b></p> <p>2.1 Competências constitucionais em matéria de legislação: privativa da União e suplementar dos Estados. Citar art. 22, XXVII e 24, §2º, da CF;</p> <p>2.2 Vigência das leis estaduais com base no art. 2º da LINDB. Princípio da continuidade normativa;</p> <p>2.3 Eficácia das leis estaduais: a) até 01/04/2023, eficácia plena em razão de as normas gerais do sistema tradicional estarem valendo; b) após 01/04/2023, no que não forem contrárias à NLLC, com base no §2º do art. 24 da CF/88.</p>
<p><b>3. Aplicabilidade das normas gerais da NLLC</b></p> <p>3.1 Indicar posição no sentido da ineficácia técnica das normas gerais até ulterior regulamentação;</p> <p>3.2 Apontar o entendimento no sentido de que a análise deve recair casuisticamente sobre cada norma, sendo possível concluir pela aplicação imediata a respeito de algumas delas, mas pela interdição de eficácia a respeito de outras;</p> <p>3.3 Indicar que não necessariamente as regulamentações devem ser emanadas pelo estado, já que este pode se valer de regulamento federal. Citar art. 187.</p>