

ESTUDO TÉCNICO - ASSESSORIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS -
COORDENAÇÃO GERAL DE MATÉRIA TRIBUTÁRIA - PROCURADORIA-
GERAL FEDERAL

Ref: Possibilidade de delegação à PGF das atribuições referentes à representação judicial da União Federal após a aprovação e vigência do PLC 20, que reorganiza a Administração Tributária Federal, criando a "Receita Federal do Brasil" e outras providências.

Sumário: 1. Antecedentes; 2. Da alteração da titularidade dos créditos previdenciários. Retomada da capacidade tributária plena pela União Federal; 3. Da possibilidade de delegação de atribuições quanto à representação judicial da União Federal nos processos envolvendo dívida ativa tributária; 4. Insuficiências das soluções propostas para aproveitamento da força de trabalho dos procuradores federais. Impossibilidade de redistribuição, relocação ou fixação dos procuradores federais sem alteração das atribuições do cargo; 5. Redação proposta

1) Antecedentes

Encontra-se em discussão no Senado Federal o Projeto de Lei da Câmara n.º 20, de 2006, que dispõe sobre a Administração Tributária Federal; altera as Leis n.ºs 10.593, de 6 de dezembro de 2002, 10.683, de 28 de maio de 2003, 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.910, de 15 de julho de 2004, e o Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga dispositivos das Leis n.ºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.593, de 6 de dezembro de 2002, 10.910, de 15 de junho de 2004, 11.098, de 13 de janeiro de 2005, e 9.317, de 5 de dezembro de 1996; e dá outras providências.

A proposição reapresenta, na forma de projeto de lei, as linhas gerais antes estabelecidas pela Medida Provisória n.º 258, de 2005, que perdeu a eficácia por decurso de prazo.

Visa o projeto, como é de notório conhecimento, unificar as estruturas arrecadatórias da Secretaria da Receita Federal e da Secretaria da Receita Previdenciária. As contribuições previdenciárias hoje recolhidas ao INSS, passariam a constituir tributos da União, que por meio de órgão da administração direta efetuará a fiscalização, cobrança e lançamento.

Em relação à atribuição para execução judicial dessas contribuições, após a transferência de sua titularidade do INSS para a União, diversas foram as soluções apresentadas até o momento, tanto nas discussões internas do Poder Executivo quanto na discussão parlamentar perante o Congresso Nacional.

Hoje, lançadas as contribuições social em nome do INSS, a representação judicial e execução fiscal desses tributos cabe à Procuradoria-Geral Federal - PGF, por meio do seu Órgão de Arrecadação - OA. Já a representação judicial dos tributos da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN. Há, ainda, legislação específica para as contribuições ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, em que se prevê possibilidade de delegação da atuação judicial à Caixa Econômica Federal - CEF, por meio de convênio celebrado com a PGFN.

Pelo texto original da MP 258, a representação judicial da União nas contribuições previdenciárias passaria à PGFN. Entretanto, os processos relativos à dívida ativa já inscrita permaneceriam sendo atribuição da PGF até meados do ano seguinte, quando também passariam à atribuição da PGFN. Veja-se o art. 14 da redação original da MP:

Art. 14. Compete, privativamente, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a consultoria, a representação, judicial e extrajudicial, e a apuração da liquidez e certeza da dívida ativa da União, relativas às contribuições sociais de que tratam o caput e o § 1o do art. 3o, nos termos dos arts. 12, incisos I, II e V, e 13 da Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Vigência)

§ 1o Até 31 de julho de 2006, caberá à Procuradoria-Geral Federal a representação judicial e extrajudicial do INSS na execução das contribuições sociais inscritas em sua dívida ativa até o dia anterior à data de início da vigência desta Medida Provisória.

§ 2o Até a data prevista no § 1o, também caberá à Procuradoria-Geral Federal a representação judicial e extrajudicial do INSS nas ações judiciais que tenham por objeto a contestação do crédito tributário inscrito em dívida ativa da referida autarquia até o dia anterior à data de início da vigência desta Medida Provisória.

§ 3o A partir da data de início da vigência desta Medida Provisória, caberá à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a representação judicial e extrajudicial da União nas ações judiciais que tenham por objeto os créditos já constituídos ou em fase de constituição relativos às contribuições sociais assumidas pela União na forma do art. 3o.

§ 4o Para aplicação do disposto no § 3o, a Procuradoria-Geral Federal concluirá os atos que se encontrarem pendentes na data de início da vigência desta Medida Provisória.

§ 5o A dívida ativa do INSS e as ações judiciais a que se referem os §§ 1o e 2o serão transferidas para a União em 1o de agosto de 2006.

Já o Projeto de Lei 6.272, encaminhado pelo Presidente da República à Câmara dos Deputados prevê uma regra diferente, pela qual a PGFN poderia delegar à PGF as atribuições relativas à representação judicial da União nos processos relacionados às contribuições previdenciárias inscritas em dívida ativa até determinada data, por um prazo limitado, inicialmente previsto para expirar em 31 de julho de 2006. | Confira-se o art. 16 do projeto de lei:

Art. 16. A partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao da publicação desta Lei, o débito original e seus acréscimos legais, além de outras multas previstas em lei, relativos às contribuições de que tratam os arts. 2 e 3 desta Lei, constituem dívida ativa da União.

§ 1 A partir do primeiro dia do décimo terceiro mês subsequente ao da publicação desta Lei, o disposto no caput deste artigo se estende à dívida ativa do INSS decorrente das contribuições a que se referem os arts. 2 e 3 desta Lei.

§ 2 Aplica-se à arrecadação da dívida ativa decorrente das contribuições de que trata o art. 2 desta Lei o disposto no § 1 daquele artigo.

§ 3 Até as datas referidas no caput e no § 1 , competirá à Procuradoria-Geral Federal representar judicial e extrajudicialmente o INSS, em processos que tenham por objeto as contribuições inscritas na respectiva dívida ativa, inclusive nos que pretendam a contestação do crédito tributário.

§ 4 A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderá delegar competência à Procuradoria-Geral Federal para representar judicial e extrajudicialmente a União, até 31 de julho de 2006, em processos relacionados às contribuições abrangidas pelo caput deste artigo.

§ 5 A eventual delegação referida no § 4 deste artigo será comunicada aos órgãos judiciários e não alcançará a competência prevista no inciso II do art. 12 da Lei Complementar n 73, de 10 de fevereiro de 1993.

§ 6 Recebida a comunicação aludida no § 5 deste artigo, serão destinadas à Procuradoria-Geral Federal as citações, intimações e notificações efetuadas em processos abrangidos pelo objeto da delegação.

§ 7 Antes de efetivar a transferência de atribuições decorrente do disposto no § 1 deste artigo, a Procuradoria-Geral Federal concluirá os atos que se encontrarem pendentes.

§ 8 A inscrição na dívida ativa da União das contribuições de que trata o art. 3 desta Lei, na forma do caput e do § 1 deste artigo, não altera a destinação final do produto da respectiva arrecadação.

O projeto previa, ainda a possibilidade de fixação do exercício funcional dos procuradores federais na PGFN, visando atender ao aumento da demanda de serviço gerado pela ampliação das atribuições daquele órgão:

Art. 21. A partir da data referida no § 1 do art. 16, o Poder Executivo poderá fixar o exercício na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional dos Procuradores Federais lotados na Coordenação-Geral de Matéria Tributária da Procuradoria-Geral Federal ou na Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS, e nos órgãos e unidades a elas subordinados, que atuavam, até aquela data, em processos administrativos ou judiciais vinculados às contribuições mencionadas nos arts. 2 e 3 desta Lei.

§ 1 Os Procuradores Federais a que se refere o caput deste artigo ficarão subordinados ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional e sua atuação restringir-se-á aos processos relativos às contribuições mencionadas nos arts. 2 e 3 desta Lei.

§ 2 O Poder Executivo poderá, de acordo com as necessidades do serviço, autorizar a permanência dos servidores a que se refere o caput deste artigo no âmbito da Procuradoria-Geral Federal.

Aprovado na Câmara dos Deputados, o texto foi remetido ao Senado Federal, sendo discutido na Comissão de Assuntos Econômicos - CAE, que apresentou parecer. O texto foi redigido pelo Sen. Rodolpho Tourinho e incorporava ao projeto diversas alterações. Na parte da representação judicial, novamente houve alterações em relação à proposta original. A expressão "fixar o exercício", a qual se entendeu causadora de insegurança, foi substituída por uma redistribuição da lotação dos procuradores federais. Assim, o que seria provisório, pela redação da Câmara dos Deputados, passaria a definitivo pelo relatório aprovado na CAE do Senado. Veja-se:

“ Art. 21 . A partir da data referida no § 1º do art. 16 desta Lei, serão redistribuídos, na forma do disposto no art. 37 da Lei nº 8.112, de 1990, para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, os Procuradores Federais lotados na Coordenação-Geral de Matéria Tributária da Procuradoria-Geral Federal ou na Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS, e nos órgãos e unidades a elas subordinados, que atuavam, até aquela data, em processos administrativos ou judiciais vinculados às contribuições mencionadas nos arts. 2º e 3º desta Lei.

§ 1º Os servidores a que se refere o caput deste artigo poderão, no prazo de trinta dias contados da publicação desta Lei, optar por permanecer no órgão em que se encontram lotados.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se aos servidores aposentados, bem como aos pensionistas.

§ 3º Os servidores ativos e inativos redistribuídos na forma deste artigo, bem como os respectivos pensionistas, poderão optar por permanecer filiados ao plano de saúde a que se vinculavam na origem, hipótese em que a contribuição será custeada pelo servidor e pelo Ministério da Fazenda.”

Quanto a essa delegação temporária de atribuições que seriam, a princípio, exclusivas da PGFN, assim se manifestou o Senador relator:

"No âmbito da representação judicial do novo órgão, é oportuna e adequada a autorização para que, mediante delegação e em caráter temporário, a Procuradoria-Geral Federal possa atuar na defesa da União, nos estritos limites da competência de que dispunha antes da criação da extinção da Secretaria da Receita Previdenciária."

Conforme procuraremos demonstrar neste estudo, são inadequadas ou insuficientes todas as soluções até então propostas, em relação à representação judicial e atuação nas causas referentes às contribuições previdenciárias; tarefa esta hoje exercida pelo Órgão de Arrecadação da Procuradoria-Geral Federal.

Por um lado, quando entrar em vigor lei que atribua à União a titularidade das contribuições previdenciárias, forçoso será reconhecer que a atuação judicial imediatamente deve ser assumida pela PGFN. A não ser que haja, no próprio texto legal, previsão de delegação dessas atribuições à PGF. O problema não pode ser resolvido apenas parcialmente, utilizando-se o subterfúgio de diferenciar as atribuições pelo critério da inscrição em dívida. É que este ato administrativo não altera nem a natureza nem a titularidade do crédito tributário.

Por outro lado, a simples redistribuição ou fixação de exercício dos procuradores federais na PGFN não é medida apta a, por si, permitir melhor divisão do trabalho acrescido pelo aumento das atribuições deste órgão. Isto porque os procuradores federais não possuem, no atual ordenamento jurídico, atribuição para atuar em processos judiciais representando a União Federal. Sem delegação de competências à PGF, ou ampliação das atribuições do cargo de Procurador Federal, não é possível aproveitar a força de trabalho desses profissionais dentro da estrutura proposta para a administração tributária.

O presente estudo fundamenta proposta de redação que atribua à PGF as atribuições que hoje desempenha, relativas à atuação judicial referente às contribuições previdenciárias. Assim, não se promoverá nenhuma alteração das atribuições dos órgãos jurídicos federais, mantendo intocadas e sem solução de continuidade as competências da PGFN e da PGF.

Desenvolveremos melhor a seguir.

2) Da alteração da titularidade dos créditos previdenciários. Retomada da capacidade tributária plena pela União Federal.

Embora haja várias versões propostas para a reorganização da administração tributária e previdenciária, todas elas prevêm idêntica alteração da titularidade das contribuições previdenciárias, que passariam a constituir tributo da União. Extingue-se a parafiscalidade hoje existente em favor do INSS, retornando à União Federal a capacidade tributária plena.

Assim, com a entrada em vigor da Lei que criar a "Receita Federal do Brasil", as contribuições previdenciárias tornar-se-ão tributos da União, sem distinção entre as inscritas ou não-inscritas. Mesmo a dívida hoje inscrita em nome do INSS passará a ser de titularidade da União.

Eventual regra de transição que permita à PGF cobrar tributos da União não poderá ser feita sem delegação da PGFN para a PGF, mesmo em relação aos débitos já inscritos ou em execução, isto porque a inscrição em dívida apenas materializa controle de legalidade, sem alteração do sujeito ativo ou natureza do débito, não podendo subsistir interpretação de que parte dos créditos seriam de titularidade do INSS e outra da titularidade da União. A retomada da capacidade tributária ativa das contribuições sociais deu-se por inteiro.

A redação atual do projeto de lei, ao prever uma regra de transição, já implementa uma delegação à PGF de atribuições da PGFN. Da mesma forma, à época da vigência da MP 258, permitiu-se que a PGF exercesse atribuições que, necessariamente, seriam cometidas à PGFN, não fosse a expressa delegação que decorreu do texto da Medida Provisória, que previa uma assim denominada "regra de transição". Salienta-se que essa delegação foi direta, sem necessidade de convênio ou ato regulamentar, apenas decorrendo do texto normativo que não exigiu integração.

Nem é necessário que haja previsão de celebração de convênio para que se efetive a delegação de atribuições. O texto constitucional é claro ao mencionar que sequer é necessária previsão legal para alterações nas atribuições dos órgãos da administração pública. Essa competência privativa do Presidente da República é plenamente exercitável por decreto. Veja-se o art. 84, VI:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI - dispor, mediante decreto, sobre:(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;(Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

A redação que vigorou durante a vigência da MP 258 atribuía à PGF tão somente acompanhar a dívida ativa previdenciária já inscrita, e apenas até 31 de julho do ano seguinte. Ocorre que é cediço tanto na doutrina quanto na jurisprudência que o lançamento é ato meramente declaratório, cingindo-se a dar à obrigação tributária – que nasce com a ocorrência do fato gerador – liquidez e exigibilidade, ou confirmar sua extinção pelo pagamento. Neste sentido, confira-se a definição de lançamento elaborada por Misabel Abreu Machado Derzi:

“Podemos dizer que o lançamento é ato jurídico administrativo vinculado e obrigatório, de individuação e concreção da norma tributária ao caso concreto (ato aplicativo), desencadeando efeitos confirmatórios-extintivos (no caso de homologação do pagamento) ou conferindo exigibilidade ao direito de crédito que lhe é preexistente para fixar-lhe os termos e possibilitar a formação do título executivo”
(Comentários ao Código Tributário Nacional, Forense, 97, pg. 355)

Ora, se a capacidade tributária foi transferida à União, os créditos – inscritos ou não – lhe pertencem. A se entender de forma contrária, não haveria justificativa em se retirar do INSS – daqui a um ano – a titularidade da dívida já lançada, que deveria, então, permanecer em mãos da Autarquia.

3) Da possibilidade de delegação de atribuições quanto à representação judicial da União Federal nos processos envolvendo dívida ativa tributária

3.1. Do conceito de dívida ativa

O art. 131 da Constituição trata da Advocacia Pública. O parágrafo terceiro assim dispõe:

§ 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.

A remissão do tema à lei ordinária é expressa, razão pela qual podemos considerar o dispositivo uma norma constitucional de eficácia limitada ou reduzida, conforme a célebre classificação de José Antônio da Silva¹. Isto significa que a norma constitucional já é aplicável, mas o constituinte exigiu que um diploma de hierarquia inferior viesse dar aplicabilidade ao comando constitucional. A lei pode, nesses casos, completar a regulamentação constitucional.

A expressão "dívida ativa", usada no dispositivo constitucional, significa qualquer obrigação em que a União figure no pólo ativo, vale dizer, como credora. Não se pode confundir dívida ativa com valor *inscrito* em dívida ativa. O ato administrativo de inscrição não constitui nem declara relação jurídica, apenas operacionaliza a sua execução. A dívida já existe antes da inscrição. Entender o contrário, que a dívida só passa a existir com a inscrição, levaria ao absurdo de considerar indevido o pagamento efetuado pelo contribuinte em época própria, mas antecedente ao ato administrativo de inscrição.

1 José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: RT, 1982, 2ª ed.

Nesse sentido vale citar posição de Mary Elbe Maia²:

A cadeia de atos em que se revela o controle administrativo atinge a sua culminância, por ser este o último momento de que dispõe a Administração para rever a legalidade dos seus atos, com o ato de apuração da Dívida Ativa (1) e a sua subsequente inscrição em registro próprio, procedida pela Procuradoria da Fazenda Nacional, o que induz à conclusão de que esta tem o poder de igualmente exercer o controle sobre o lançamento tributário, competência esta que se encontra, inclusive, expressamente prevista na Lei nº 6.830/80, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Nacional, no seu artigo 2º:

Essa discussão não teria qualquer importância não fosse a Emenda Constitucional 20/1998, que atribuiu à Justiça do Trabalho competência para executar, de ofício, as contribuições sociais cujos fatos geradores tenham sido reconhecidos nos julgamentos por ela proferidos. A expressão "de ofício" foi regulada em lei ordinária que operou alterações na CLT, prevendo que a execução dessa modalidade de dívida ativa tributária ocorresse *sem ato administrativo de inscrição*.

Assim, já vem previsto no ordenamento jurídico nacional a execução de dívida ativa sem prévio ato administrativo de inscrição, a demonstrar que a natureza das obrigações das quais a fazenda pública é credora não é determinada ou influenciada pela forma de execução.

Esse entendimento foi reconhecido pela Consultoria Jurídica da União, na Nota Técnica 50/2005, aprovada pelo Advogado-Geral da União, proferida em consulta formulada quando da breve vigência da Medida Provisória 258/2005. Atribuída a titularidade das contribuições previdenciárias à União Federal, a representação desta passaria à PGFN. Entretanto, o próprio texto da MP ressaltava que continuaria com a PGF a representação da dívida já inscrita. A dúvida referia-se exatamente às execuções de contribuições previdenciárias perante a Justiça do Trabalho, em que não há ato administrativo de inscrição.

Assim dispõe a citada Nota Técnica:

2 Mary Elbe Gomes Queiroz Maia, *Do lançamento tributário - execução e controle*, São Paulo: Dialética, 1999

2. Ratifico integralmente as razões e conclusões da Nota acima transcrita, pois, como corretamente apontado, **as contribuições previdenciárias decorrentes de condenações da Justiça do Trabalho não são inscritas em dívida ativa**, motivo pelo qual não estão enquadradas na regra de transição prevista no § 1º do artigo 14 da MP nº 258/2005, que se refere somente aos créditos inscritos na Dívida Ativa do INSS até 15.08.2005. Logo, no caso, incide apenas a norma transitória presente no § 4º do mesmo artigo, e à **Procuradoria-Geral Federal caberá somente a atuação nas notificações judiciais recebidas até a véspera do dia 15.08.2005, sendo certo que, para todas as que lhe forem posteriores, incluído o próprio dia 15.08.2005, a competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para a execução fiscal trabalhista mostra-se plena desde então.**

3.2. Precedente de delegação: contribuições ao FGTS

Não se argumente que a Constituição Federal, ao atribuir à PGFN a competência para representação da União, fê-la indelegável. Sob um primeiro aspecto, faltam ao art. 131, § 3º expressões que denotem exclusividade, tal como o vocábulo "privativamente", utilizado em outros momentos para transmitir essa idéia. Veja-se, por exemplo, os arts. 49, 84 e 96, I.

Por outro lado, já é da tradição do nosso ordenamento jurídico a delegação, por um órgão, das competências relativas a determinadas atividades, no todo ou em parte. Isto sem que se exija previsão expressa constitucional. Basta pensar no art. 7º do Código Tributário Nacional, lei ordinária³, que prevê a possibilidade de delegação de competência de um ente tributante para outro.

Ora, se à lei ordinária é permitida a transferência da capacidade tributária ativa para entes de direito público (e até mesmo privados) diversos dos que detentores da competência constitucional para instituição do tributo, não há porque se entender inconstitucional a delegação da capacidade postulatória de um órgão administrativo para outro pertencente a mesma estrutura do ente político.

No caso específico da representação judicial do fisco, a delegação de atribuição de representação judicial da Dívida Ativa da União já existe em relação aos débitos do FGTS, que foram atribuídos à CEF por permissão legal e celebração de convênio. Assim dispõe a Lei 8.844/1994. Transcrevemos o art. 2º:

Art. 2º Compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em Dívida Ativa dos débitos para com o Fundo de Garantia do Tempo de serviço - FGTS, bem como, diretamente ou por intermédio da Caixa

3 Ainda que a doutrina majoritária considere que o CTN foi recepcionado como Lei Complementar, o que não altera a argumentação aqui desenvolvida, pois de qualquer forma se está diante de norma de hierarquia inferior à Constituição.

Econômica Federal, mediante convênio, a representação Judicial e extrajudicial do FGTS, para a correspondente cobrança, relativamente à contribuição e às multas e demais encargos previstos na legislação respectiva.

Note-se que o convênio celebrado com a CEF vai até mais além do que a possibilidade de delegação ora defendida, vez que envolve a transferência da capacidade postulatória para pessoa jurídica de direito privado dotado de personalidade jurídica própria e desvinculado da administração direta da União, enquanto que a delegação à PGF seria interna, entre órgãos administrativos que compõe a estrutura da União e da AGU.

Assim, conforme se lê do dispositivo transcrito, parcela das atribuições referentes à dívida ativa da União, cuja competência para representação judicial é da PGFN, foi concedida à Caixa Econômica Federal - CEF, desde que houvesse convênio. Este foi logo em seguida celebrado, e a atuação da empresa pública jamais foi impugnada ou considerada inconstitucional, por uma eventual afronta ao art. 131, §3º da Constituição Federal⁴.

3.3. Natureza tributária do FGTS. Adin 2556 e decisão do Supremo Tribunal Federal

Por outro lado, também não é correto argumentar, como o fazem alguns, que a delegação de atribuições de representação judicial quanto ao FGTS só é possível porque não se trata de tributo, e portanto estaria essa exação excluída da expressão "dívida ativa de natureza tributária", empregada pelo §3º do art. 131.

Ocorre que não mais subsiste qualquer dúvida sobre a natureza tributária do FGTS, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.556-2/DF. Eis a ementa do acórdão:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação de artigos e de expressões contidas na Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001. Pedido de liminar.

- A natureza jurídica das duas exações criadas pela lei em causa, neste exame sumário, é a de que são elas tributárias, caracterizando-se como contribuições sociais que se enquadram na sub-espécie "contribuições sociais gerais" que se submetem à regência do artigo 149 da Constituição, e não à do artigo 195 da Carta Magna.

- Não-ocorrência de plausibilidade jurídica quanto às alegadas ofensas aos artigos 145, § 1º, 154, I, 157, II, e 167, IV, da Constituição.

- Também não apresentam plausibilidade jurídica suficiente para a concessão de medida excepcional como é a liminar as alegações de infringência ao artigo 5º, LIV, da Carta Magna e ao artigo 10, I, de seu ADCT.

⁴ A repartição de competências foi também disciplinada pelo Memo Circular PGFN/DAP n.6/1994, que disciplina com maior detalhamento as hipóteses em que a representação judicial é efetuada diretamente pela Caixa Econômica Federal e aquelas em que esta atua por delegação da PGFN.

- Há, porém, plausibilidade jurídica no tocante à argüição de inconstitucionalidade do artigo 14, "caput", quanto à expressão "produzindo efeitos", e seus incisos I e II da Lei Complementar objeto desta ação direta, sendo conveniente, dada a sua relevância, a concessão da liminar nesse ponto.

Liminar deferida em parte, para suspender, "ex tunc" e até final julgamento, a expressão "produzindo efeitos" do "caput" do artigo 14, bem como seus incisos I e II, todos da Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001. (grifamos e sublinhamos)

No texto do acórdão estuda-se a natureza jurídica das contribuições ao FGTS dentro do atual ordenamento jurídico constitucional. Embora haja, no julgamento, votos vencidos e dissonantes, na parte que interessa a este estudo a decisão é unânime: o FGTS tem natureza tributária de contribuição social, com fundamento no art. 149 da Constituição.

Embora a Adin refira-se, apenas, aos adicionais à contribuição, criados pela Lei Complementar 110, a argumentação desenvolvida no julgamento não se restringe à exação. Afirma-se expressamente que todas as contribuições ao FGTS têm a mesma natureza, nesse pormenor não havendo diferença entre os valores pagos normalmente e os que sofreram majoração com a entrada em vigor da mencionada Lei Complementar.

Para ilustrar, veja-se trecho da declaração de voto do Min. Sepúlveda Pertence, ao acompanhar o relator:

"Que as contribuições ou que as exações criadas pela Lei Complementar 110 são tributos, parece indubitável; mas eles não geram receita pública; logo, não são impostos. Destinando-se ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, direito social previsto no art. 7º da Constituição Federal, são contribuições sociais. Demonstrou S. Exª, na trilha do voto do eminente Ministro Carlos Velloso, no RE 138.284, que o art. 195 não esgota as contribuições sociais, mas unicamente uma categoria delas: as destinadas a financiar o orçamento da seguridade social prevista na Constituição"

Embora tratemos aqui de um julgamento em Medida Cautelar, não definitivo, ainda que dotado de efeito vinculante, nada há a indicar possibilidade de alteração da posição firmada no STF. Isto porque julgamentos recentes vêm reafirmando o entendimento, havendo até menção à inexistência de novos argumentos capazes de alterar a posição do tribunal.

Cumprido transcrever, como exemplo, recente decisão, da lavra do Min. Ricardo Lewandowski, que sequer integrava o excelso tribunal quando da decisão na Adin 2.556. No AI-AgR 498473 / RS, julgado em 05/09/2006, assim decidiu sua excelência:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS INSTITUÍDAS PELA LC

110/2001. ADI 2.556-MC/DF E ADI 2.568-MC/DF. EFICÁCIA ERGA OMNES DA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. I - Contribuições sociais instituídas pela LC 110/2002: legitimidade, conforme julgamento, em 09.10.2002, do Plenário do Supremo Tribunal Federal: ADI 2.556-MC/DF e ADI 2.568-MC/DF, DJU 08.8.2003, precedente esse que se aplica desde logo às causas que versem sobre idêntica controvérsia. II - Eficácia erga omnes da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, conforme disposto no art. 11, § 1º, da Lei 9.868/99. III - Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão ora atacada, que deve ser mantida. IV - Agravo regimental improvido.

3.4. Considerações sobre a delegação da representação judicial à Caixa Econômica Federal - CEF, em comparação a uma futura delegação à Procuradoria-Geral Federal

O art. 2º da Lei 8.844/1994 regula a competência atribuída à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa dos débitos para com FGTS. A representação judicial, entretanto, pode ser exercida pela Caixa Econômica Federal, desde que celebrado convênio. Transcrevemos:

Art. 2º Compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em Dívida Ativa dos débitos para com o Fundo de Garantia do Tempo de serviço - FGTS, bem como, diretamente ou por intermédio da Caixa Econômica Federal, mediante convênio, a representação Judicial e extrajudicial do FGTS, para a correspondente cobrança, relativamente à contribuição e às multas e demais encargos previstos na legislação respectiva. (Redação dada pela Lei nº 9.467, de 1997)

Apesar de o texto legal referir-se ao convênio como algo eventual, a prática já atribuía à CEF a atuação judicial em prol dos recursos do FGTS desde a Lei 8.036/1990. Assim sendo, a lei veio para referendar uma situação de fato já existente, menos do que para criar uma possibilidade eventual.

A atuação da CEF nessas causas exemplifica a possibilidade de atuação, por delegação, de órgão outro que não a PGFN na representação judicial da dívida ativa tributária federal. A delegação decorre da lei, nos termos do art. 131, §3º da Constituição, sendo a celebração do convênio mero ato de formalização e execução de uma possibilidade instituída em diploma normativo.

Permitiu-se a delegação de atribuição a empresa pública, desvinculada da estrutura da Advocacia Pública Federal. A estrutura da Caixa Econômica Federal não guarda qualquer similitude com as procuradorias públicas, até pela sua natureza de empresa pública, que impõe a lógica de mercado na sua atuação e na de seus funcionários.

O mesmo não se dizer da Advocacia de Estado organizada pela Constituição Federal. Ainda que se identifiquem órgãos e carreiras distintas, a atuação de todos os procuradores e advogados públicos é semelhante na essência. A eventual

delegação de atribuições da PGFN à PGF tem, em comparação à delegação do FGTS para a CEF, menor impacto jurídico e administrativo, por constituir apenas alteração de atribuições dentro de uma mesma estrutura, qual seja, a da Advocacia-Geral da União. Tratam-se de órgãos afins e dotados de carreiras similares.

A solução tem ainda a vantagem de não criar qualquer modificação ou solução de continuidade nas tarefas atualmente desempenhadas pelos órgãos jurídicos da União. Não serão mais necessários o transporte físico de processos, a migração nem sempre a contento de dados e sistemas informatizados, a remoção de servidores, a alteração e ocupação de espaços físicos. Aproveita-se ainda a experiência e o investimento intelectual vertido nos procuradores federais hoje atuantes perante a matéria tributária relativa às contribuições previdenciárias, com a conseqüente economia de recursos que seriam alocados para treinamento e capacitação dos procuradores da fazenda nacional não afeitos à matéria e às tarefas conexas.

Em resumo, é perfeitamente possível, dentro do quadro institucional, a delegação das atribuições concernentes às contribuições previdenciárias ao OA/PGF, após a vigência da lei que criar a Super-receita, para que não haja transferência ou modificação das atribuições atualmente desempenhadas pela PGF e pela PGFN..

4. Insuficiências das soluções propostas para aproveitamento da força de trabalho dos procuradores federais. Impossibilidade de redistribuição, relocação ou fixação dos procuradores federais sem alteração das atribuições do cargo.

As várias redações do projeto da "super-receita", de uma maneira ou de outra, tentaram aproveitar a experiência e a força de trabalho dos procuradores federais hoje atuantes na matéria atinente às contribuições previdenciárias. Entretanto, um estudo mais aprofundado das soluções propostas demonstra que nenhuma delas é satisfatória, pois esbarram em óbices jurídicos que não são removidos pelos dispositivos propostos.

Na redação original da MP 258, a PGF, e conseqüentemente os procuradores federais, permaneceriam com as atribuições atuais por um período de um ano. Após, a PGFN assumiria integralmente as atribuições, não se prevendo qualquer solução que aproveitasse a experiência e força de trabalho dos procuradores federais senão no período de transição. Previa-se que a PGFN receberia um reforço suficiente de quadros advindos de novos concursos.

Exatamente por olvidar da experiência da instituição PGF e de seus profissionais, e por prever uma regra de transição que dependia do advento incerto e eventual de novos concursados, o texto foi alterado pelo relator na Câmara dos Deputados. A solução então proposta era a fixação provisória dos procuradores federais na PGFN, até que os novos cargos de procurador da fazenda nacional fossem devidamente providos.

Por fim, a redação atual do PLC 20 estabelece a redistribuição para a PGFN, em definitivo, dos procuradores federais hoje atuantes na matéria tributária, com direito de opção.

É necessário lembrar que, conforme abordamos anteriormente, terá natureza de *delegação* qualquer regra de transição que preveja manutenção, ainda que temporária, das atribuições atuais da PGF. Transformando-se a contribuição previdenciária em crédito da União, essa transformação atinge tanto os créditos já lançados ou inscritos quanto os ainda pendente de lançamento definitivo. Permanecer a PGF atuando nesses processos terá natureza de delegação, ainda que a lei não utilize essa expressão em seu texto.

Por outro lado, a transferência dos procuradores federais para a PGFN, seja por relocação, redistribuição ou fixação, qualquer que seja a denominação, esbarra na falta de atribuições desse cargo para atuar em nome da União Federal.

O cargo de procurador federal foi criado pela Medida Provisória 2229, que sofreu seguidas reedições. A redação atualmente em vigor, recepcionada pela Emenda Constitucional 32, é a de no 2.229-43, de 6 de setembro de 2001. Ao tratar das atribuições do cargo, assim dispõe:

Art. 37. São atribuições dos titulares do cargo de Procurador Federal:

I - a representação judicial e extrajudicial da União, quanto às suas atividades descentralizadas a cargo de autarquias e fundações públicas, bem como a representação judicial e extrajudicial dessas entidades;

II - as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos à União, em suas referidas atividades descentralizadas, assim como às autarquias e às fundações federais;

III - a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial; e

IV - a atividade de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados.

Vê-se que o cargo, apesar de prestar assessoria jurídica à União, o faz somente quanto à administração indireta autárquica e fundacional. Ainda que se pretenda deslocar esses cargos provisoriamente, haverá a vedação da própria Lei Complementar 73, que ao organizar a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria da Fazenda Nacional previu uma clara e bem delimitada divisão de competências.

A LC 73 assim define as competências da PGFN:

Art. 12 - À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda, compete especialmente:

I - apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União de natureza tributária, inscrevendo-a para fins de cobrança, amigável ou judicial;

II - representar privativamente a União, na execução de sua dívida ativa de caráter tributário;

III - (VETADO)

IV - examinar previamente a legalidade dos contratos, acordos, ajustes e convênios que interessem ao Ministério da Fazenda, inclusive os referentes à dívida pública externa, e promover a respectiva rescisão por via administrativa ou judicial;

V - representar a União nas causas de natureza fiscal.

A redação do artigo supra transcrito refere-se apenas ao órgão PGFN, sem qualquer menção às atribuições dos cargos de procurador da fazenda nacional. Uma interpretação sistemática da Lei Complementar, entretanto, permite vislumbrar que a separação de competências entre os órgãos da AGU espelha-se na separação de atribuições das carreiras que a compõem.

Veja-se o art. 69:

Art. 69. O Advogado-Geral da União poderá, tendo em vista a necessidade do serviço, designar, excepcional e provisoriamente, como representantes judiciais da União, titulares de cargos de Procurador da Fazenda Nacional e de Assistente Jurídico.

Parágrafo único. No prazo de dois anos, contado da publicação desta lei complementar, cessará a faculdade prevista neste artigo.

Caso a separação de competências fosse somente entre os órgãos da AGU, vale dizer, não alcançasse as atribuições de cada carreira integrante, o dispositivo supra não teria qualquer sentido. Seria sempre possível aos procuradores da fazenda nacional representarem a União, desde que houvesse ato infra-legal que lhes atribuisse essa tarefa. A previsão só faz sentido se for percebido que a separação de competências entre os órgãos também atinge os integrantes das carreiras, ou seja, os advogados da União possuem as competências atribuídas à Procuradoria da União, o mesmo se dando com os procuradores da fazenda nacional, cujas atribuições funcionais não podem ser outras que não as de competência da PGFN.

O dispositivo permite ainda que, numa interpretação *a contrariu sensu*, fique clara a impossibilidade de utilizar-se dos procuradores federais para a realização de tarefas que caberiam aos procuradores da fazenda nacional. Isto porque não há previsão de designar membros de outra carreira da AGU para terem exercício na PGFN. A única exceção que se admitiu, expressamente assinalada como excepcional e transitória, é que os procuradores da fazenda nacional pudessem atuar perante as Procuradorias da União, como se advogados da União fossem; não o contrário.

Por certo, o legislador complementar foi motivado por problemas análogos aos que se apresentam agora, diante do advento de alterações importantes nas competências dos órgãos judiciais da União. A preocupação era com a transferência de importantes atribuições, que significam volume de trabalho considerável, a um órgão recém-organizado e ainda não dotado de toda a provisão de recursos humanos e materiais necessários. A solução então encontrada foi correta: aumentar as atribuições da carreira de procurador da fazenda nacional, ainda que temporária e excepcionalmente, para que pudessem também representar a União nas causas não tributárias.

Assim sendo, é de se concluir que os procuradores federais não possuem atribuição, dentro do ordenamento jurídico atual, para atuarem como representantes da fazenda pública em causas relativas aos tributos da União. Não basta sejam lotados, redistribuídos ou fixados, qualquer que seja a denominação; caso não haja alteração na legislação alterando as atribuições funcionais do cargo, será impossível utilizar-se da força de trabalho dos procuradores federais na PGFN. Para que a solução ao problema atual fosse nos mesmos moldes traçados pela Lei Complementar 73, dever-se-ia alargar as atribuições da carreira de procurador federal, para que os membros desta pudessem atuar representando não somente as autarquias e fundações da União, mas também a administração direta.

Caso não se pretenda alterar as atribuições das carreiras jurídicas, esse óbice pode também ser integralmente resolvido com a delegação, da PGFN para a PGF, das atribuições afetas à representação judicial nas causas relativas contribuição previdenciária, por meio de previsão a ser inserida no projeto de lei que reorganiza a administração tributária federal, de forma a regular o assunto por ato de mesma hierarquia da MPV 2.229-43/2001.

Por outro lado, a atual redação do projeto, com redistribuição ou fixação dos procuradores federais na PGFN não resolve o problema, pois os membros daquela carreira não possuem atribuição para atuar na representação da Dívida Ativa da União. Para que isso seja possível é necessário que haja alguma forma de delegação da PGFN para a PGF ou unificação de atribuição das carreiras de procurador federal e da fazenda nacional.

5. Redação proposta

De todo o exposto, percebemos que a melhor solução para o equacionamento das atribuições dos órgãos jurídicos federais é a manutenção das competências atuais da PGF e da PGFN. Com a transformação das contribuições previdenciárias em dívida ativa da União, isso pode ser materializado com a delegação de competências.

Assim, basta inserir no projeto de lei o seguinte dispositivo, em substituição ao que se fizer necessário:

Art. 14. Compete à Procuradoria-Geral Federal, por delegação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a consultoria, a

representação, judicial e extrajudicial, e a apuração da liquidez e certeza da dívida ativa da União, relativas às contribuições sociais de que tratam o caput e o § 1o do art. 3o, nos termos dos arts. 12, incisos I, II e V, e 13 da Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Vigência)

Parágrafo único. Cabe ainda à Procuradoria-Geral Federal a representação judicial e extrajudicial do INSS na execução das contribuições sociais inscritas em sua dívida ativa e a a representação judicial e extrajudicial da autarquia nas ações judiciais que tenham por objeto a contestação do crédito tributário.

Serve o presente estudo como exposição de motivos e justificativa da redação.

DIMITRI BRANDI DE ABREU
Procurador Federal - DCGD/SP

MARIA BEATRIZ SCARAVAGLIONE
Procuradora Federal - DCGD/RS

MARCELO DA SILVA FREITAS
Procurador Federal - DCGD/SC