

Deficiência no ensino jurídico ou questão prática ambígua em prova da oab?

Emerson Odilon Sandim

Não costumo, como escritor, tecer comentários sobre casos concretos envolvendo avaliação (provas) em certames públicos ou mesmo diante de exame de ordem. Nunca o fiz antes, é bom que se diga!

Por outro lado, já presidi, em tempos não muito remotos, a Comissão de Estágio e Exame de Ordem na Seccional da OAB/MS, bem como, em meu livro, “Direito Processual Civil na Prática e suas Distorções”, publicado pela editora LTr, dediquei como singelos anexos, minha modesta visão sobre o ensino jurídico nacional, assim como o procedi relativamente à exigência de uma qualificação profissional mínima para que o mercado de trabalho ganhe advogados melhor habilitados.

Tomei ciência de que no último exame de ordem realizado pela OAB/MT, no campo do direito tributário, houvera, como questão prática, a formulação de um problema, onde, em uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada composta por duas sócias com exercício de gerência, tiveram contra si o ajuizamento de uma execução fiscal, proveniente de exação previdenciária. Nela, como meio de defesa, as ditas sócias manejaram exceção de pré-executividade, a qual foi rejeitada pelo juízo monocrático, com arrimo no art. 13, da Lei nº. 8.620/93 e, também, com espeque no art. 124, inc. II, do Código Tributário Nacional.

Espantou-me, sobremaneira, quando a peça processual que a Comissão entendia como correta seria a do Agravo de Instrumento, eis o excerto, no tanto que interessa, do asseverado pela epigrafada Banca Examinadora, verbis: “Síntese da resposta esperada: O candidato(a) deve elaborar um recurso de agravo de instrumento, com pedido de antecipação de pretensão recursal, perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (artigo 522 e seguintes do Código de Processo Civil).” (In.: Exame de Ordem. Provas e Gabaritos. Disponível em: < <http://www.oabmt.org.br/>>, acesso em 16 fev 2006, às 14:36).

O porquê de minha perplexidade pode ser assim sintetizado:

a) a jurisprudência, de um modo remansoso, vem entendendo que, em situações tais, o dito Agravo de Instrumento é improvido, dado que a discussão da responsabilidade tributária abarca matéria que refoge ao espectro dessa irresignação, uma vez que o campo apropriado para tanto, a nível recursal, seria o agitação da apelação, se o devedor se visse sucumbente quando da prolação da sentença na telada ação incidental de embargos à

execução. (À guisa de exemplo, TRF da 3ª Região, Quinta Turma, Agravo de Instrumento 200403000424642/SP, rel. Juíza Ramza Tartuce, DJU 16/02/2005, p. 269).

É de sabença comum que a exceção de pré-executividade é construção doutrinária e pretoriana, sempre com o fito de, em primeira mão, atacar questões formais do processo de execução, quais sejam, pressupostos processuais e condições da ação, e, em segundo passo, por evolução jurisprudencial, já se chega, até mesmo, à colmatação de temário de mérito, como se dá com a arguição da prescrição e do pagamento.

Nada melhor, a esta altura, do que um bosquejo pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, guardião da legislação federal pátria, onde se lê que: “A possibilidade de verificação de plano, sem necessidade de dilação probatória, delimita as matérias passíveis de serem deduzidas na exceção de pré-executividade, independentemente da garantia do juízo. Precedentes: EResp 614272/PR, Primeira Seção, Min. Castro Meira, DJ de 06.06.2005; AgReg no AG 594218/RS, Segunda Turma, Min. Peçanha Martins, DJ de 06.06.2005; Resp 692574 /RJ, Primeira Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 02.05.2005.” (Primeira Turma, AgRg no Ag 660708/RJ; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2005/0028728-5, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU: 05.09.2005, p. 241); “A jurisprudência do STJ tem acatado a exceção de pré-executividade, impondo, contudo, alguns limites. É possível argüir-se a prescrição por meio de exceção de pré-executividade.” (Segunda Turma, REsp 751508/RS; Recurso Especial 2005/0082519-4, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU: 13.02.2006, p. 770) e “Entendimento consentâneo com o firmado por esta Corte, no sentido de que as matérias passíveis de serem alegadas em exceção de pré-executividade não são somente as de ordem pública, mas também os fatos modificativos ou extintivos do direito do exequente, desde que comprovados de plano, sem necessidade de dilação probatória. Súmula 83/STJ.” (Segunda Turma, REsp 658184/SP; Recurso Especial 2004/0065919-2, rel. Min. Castro Meira, DJU 03.10.2005, p. 191).

Poder-se-ia objetar: se as sócias se sentem como partes ilegítimas no feito da execução fiscal, nada mais justo que tivessem escolhido o caminho da exceção de pré-executividade, mesmo porque, dentre outras vantagens, estariam alforriadas de aguardar penhora de bens e, demais disso, para o ingresso de tal requerimento não haveria que verter custas processuais.

Acontece, porém, que a solidariedade em questão previdenciária decorre de texto expreso de lei, qual seja, o art. 13, dantes referenciado e, no nosso sistema normativo, vige o princípio da constitucionalidade das normas, isto é, elas são vinculativas até que tenham sido proclamadas, com selo da definitividade, portadoras do vício da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, seja no viés do controle difuso ou concentrado.

De início, na via da ação declaratória de inconstitucionalidade, a matéria posta pela OAB/MT, por coincidência, somente veio a pelo posteriormente à realização da própria prova, já que esta se dera em data de 05 de fevereiro de 2006, pois confira-se:

“10/02/2006 - 17:37 - CNI questiona dispositivos de lei sobre seguridade social

A Confederação Nacional da Indústria (CNI) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3672) questionando expressões da Lei 8.620/93, que dispõe sobre a organização da seguridade social. A entidade ataca o artigo 13 e o parágrafo único da lei.

O artigo questionado estabelece que o titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à seguridade social.

O parágrafo único dispõe que os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a seguridade social, por dolo ou culpa.

Na ação, a CNI pede a declaração de inconstitucionalidade das expressões “e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada”, contida no enunciado do artigo 13, e “os acionistas controladores”, no parágrafo único.

Segundo a CNI, para que essas expressões fossem válidas, seria necessário admitir que leis ordinárias pudessem criar novas hipóteses de responsabilidade tributária, a despeito de um padrão de unidade fixado em lei complementar.

A entidade argumenta que a expressão “e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada” é inconstitucional por estabelecer responsabilidade objetiva e ilimitada para todo e qualquer sócio cotista, mesmo aquele que possua uma única cota.

Alega também que o artigo 13 da Lei 8.620/93 não corresponde a qualquer das hipóteses contidas no Código Tributário Nacional (Lei 5172/66). Diz ainda que o CTN estabelece a responsabilidade dos sucessores sem necessidade de complementação em lei ordinária.

A entidade afirma ser evidente a inconstitucionalidade das duas expressões, seja por qualquer ângulo. Formalmente, argumenta que os dispositivos não respeitam a necessidade de lei complementar. Materialmente, não respeitam a uniformidade normativa decorrente de um sistema tributário nacional e não de sistemas distintos de cada categoria de ente da Federação.

Sustenta, ainda, que as duas expressões são inconstitucionais também por incompatibilidade frente aos princípios da liberdade de iniciativa econômica e de trabalho. O relator é o ministro Cezar Peluso.” (Supremo Tribunal Federal. Notícias. CNI questiona dispositivos de lei sobre seguridade social. Disponível em: <[Agora, na senda do controle da constitucionalidade inter parts, merece ser alinhado que sustentar a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/93 em Agravo de Instrumento, como sendo o bastante para impingir lesão grave e de difícil reparação às sócias, é, no mínimo, um tanto inconsistente, já que o temário da inconstitucionalidade não pode ser declarado tão somente pelo relator, sob pena de fugir ao arquitetado pelo sistema processual](http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=177828&tip=UN¶m=>”, acesso em 15 fev 2006, às 15:20).</p></div><div data-bbox=)

civil (art. 480, do CPC), que exige prévia audiência do Ministério Público e competência colegiada para a declaração da malsinada eiva.

Colhe-se aqui, no particular, a ensinança de José Carlos Barbosa Moreira onde pontifica: “A argüição, constante dos autos, feita pela parte ou pelo Ministério Público, será submetida ao órgão fracionário, pelo relator, na sessão de julgamento. (...) O pronunciamento do Ministério Público deve ser prévio à deliberação do órgão fracionário. Se a argüição já constar dos autos ao serem eles conclusos ao relator (art. 549), este abrirá vista, desde logo, ao Ministério Público, para emitir parecer.” (Comentários ao Código de Processo Civil, volume V, arts. 476 a 565, 10ª edição, Ed. Forense, p. 38; os parênteses e reticências não figuram no original).

Ora, jamais então o relator poderia antecipar tutela recursal em uma exceção de pré-executividade, cujo mérito seria a inconstitucionalidade do epitetado art. 13, da Lei 8.620/93, porque o ilustre desembargador não detém competência, por si só, para suspender a eficácia de uma norma que a parte pretenda ser tida na conta de inconstitucional. E é de sabença comum, aliás, que antecipação de tutela recursal é a precipitação no tempo do provável acolhimento do recurso pelo colegiado e, como se visualizou, somente este último é quem pode, após ouvida do Parquet, declarar eventual inconstitucionalidade de norma.

Lamentavelmente esta angulação, ao que parece, passou despercebida pela banca examinadora da prova da OAB/MT, cuja proposição seria a de se ter como acertado o manejo de recurso de agravo de instrumento com o pleito de antecipação de tutela recursal.

b) com a entrada em vigor da Lei nº 11.187/2005, o art. 522, do Código de Processo Civil, sofreu profunda alteração, tanto assim o é, que a regra, atualmente, é a do Agravo Retido, aquele que permanece nos autos principais até o julgamento da apelação, onde será apreciado, se a parte interessada requerer tal providência;

Logo, a única viabilidade de se cogitar de Agravo de Instrumento, como sendo o remédio adequado para solucionar o problema posto na prova acima referida, estar-se-ia em encontrar “decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação”.

A tão-só sobrevinda de penhora em bens das sócias constituir-se-ia em lesão grave e de difícil reparação? Parece-nos que não, porque a Lei nº 11.187/2005 não revogou, nem, sequer, alterou o art. 558, do Código de Processo Civil, onde não figura como gravosa, por si mesma, a sobrevinda de uma penhora, mesmo tendo esta norma na conta de exemplificativa, porque o risco de dano é da essência da antecipação dos efeitos da pretensão recursal.

Não é a toa que o luminar Barbosa Moreira, ao interpretar o art. 558 suso mencionado tem ocasião de dizer: “O que de maneira alguma permite o dispositivo é que se suspenda a eficácia da decisão agravada em hipótese não enquadrável na enumeração legal. (...) De resto, não é inconcebível que o relator exceda os limites de sua discricionariedade, concedendo a suspensão, por exemplo, em caso estranho à lista do 558, e semelhante erro não poderia ficar imune a correção.” (ob. cit., pp. 664 e 665; ausentes parênteses e reticências na fonte.)

Sendo assim, se é excogitável antecipar efeitos recursais da pretensão de inconstitucionalidade pela própria incompetência do relator para fazê-lo de per si, mais estranhável, ainda, é imaginar que tão-só o ato de constrição seja o bastante para encartar-se no signo da lesão grave e de difícil reparação, viabilizadora esta última de franquear o Agravo na modalidade de Instrumento.

De efeito, a boa dogmática se nos afigura que a pretensão enunciada pelo problema gerador da prova em análise, quanto à utilização de Agravo de Instrumento, tem obstáculos intransponíveis onde, no mínimo, o dito recurso seria convertido em Agravo Retido, que teria remota utilidade no porvir se as ditas gerentes se vissem perdedoras na sentença prolatada quando dos embargos à execução, que implicaria em penhora de bens para a segurança do juízo.

Almejar, pois, que bacharéis em Direito sejam induzidos a se valerem de um recurso que, na ordem prática, nenhum proveito traria às virtuais clientes, é tão paradoxal quanto pretender colocar os faróis de um veículo em sua parte traseira para melhor iluminar o trecho já percorrido e é, também, prescrever antibiótico a um corpo morto!

c) o art. 527, inciso III, do Código de Processo Civil, que não foi alterado pela Lei nº 11.187/2005, remete ao art. 558, dantes mencionado, onde neste, abre vazão para uma tutela recursal, quando relevante o fundamento e, concomitantemente, exista a referida lesão grave e de difícil reparação.

Novamente, se está diante da existência da epigrafada lesão grave e de difícil reparação e, com certeza, a penhora, por si só, não seria.

Soa-me, pois, com todo o respeito, que houve uma palmar infelicidade ao se colimar que o candidato interpusesse um recurso que, ao que tudo indica, seria infrutífero, já que verdadeiramente, o leito próprio para discussão de toda a temática do problema enunciado seriam os embargos à execução, após seguro o juízo, isto é, cumpridos os requisitos da ocorrência da penhora.

Do contrário, haveria estímulo à prática de um recurso protelatório em nome do direito de defesa, o que, a meu sentir, esbarraria no art. 17, inc. VII, do Código de Processo Civil, podendo gerar a famosa litigância de má-fé.

Dito isto, sinceramente, não consegui entender o que a Comissão examinadora pretendia com o Agravo de Instrumento com antecipação de efeitos recursais, para que nele pudesse antecipar a liberação do vínculo tributário quanto às sócias, tendo-as como partes passivas ilegítimas para figurarem na execução fiscal, sem que tal ato, no mínimo, trilhasse supressão de instância se ultrapassadas as questões dogmáticas e pragmáticas dantes enfileiradas.

Tecendo maiores comentários sobre o assunto, encaminho-me para a Lei 8.906/94, onde no seu art. 34, VI encontro uma justificativa para a boa fé do advogado que fundamente sua pretensão em inconstitucionalidade da lei, que seria a causa de pedir para a derruição do art.

13 da Lei 8.620/93. Todavia, não vislumbro, já no plano ético, a alforria desse mesmo causídico ao agitar o Agravo de Instrumento porque, com certeza, estaria dilatando injustificadamente o andamento do processo sem qualquer valia para suas constituintes, em mera aventura jurídica, incorrendo, agora sim, no regrado pelo art. 2º, VII, do Código de Ética e Disciplina, haja vista que o foro apropriado para a discussão da inconstitucionalidade seria o átrio dos embargos à execução.

Sobre a sorte do Agravo de Instrumento, que é tido como recurso ideal para a Comissão que elaborou a epigrafada prova de Tributário do Exame de Ordem da OAB/MT, a maciça jurisprudência espelha a sua desdita, ao anotar que:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SÓCIO DE EMPRESA POR COTA DE RESPONSABILIDADE LIMITADA POR DÍVIDAS PREVIDENCIÁRIAS : ART. 124, II, DO CTN C/C ART. 13 DA LEI Nº 8.620/93 - AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1- O sujeito passivo da relação tributária é sempre o contribuinte, podendo haver responsabilização de terceiros, a qual se materializa ou por sucessão, ou por solidariedade ou por subsidiariedade, não havendo confundir, em tema tributário, responsável solidário com responsável subsidiário, por isso que aquele responde diretamente pela dívida (como se contribuinte fosse - art. 124 do CTN) e esse, somente na hipótese do não cumprimento da obrigação pelos "primeiros" responsáveis e nos termos da lei de regência.

2- A presença do sócio de empresa por cota de responsabilidade limitada no pólo passivo da execução fiscal de dívida junto à seguridade social se impõe por determinação legal (art. 124, II, do CTN c/c art. 13 da Lei nº 8.620/93). O sócio de empresa por cotas de responsabilidade limitada é, portanto, responsável solidário pela dívida da empresa junto à seguridade social e seus gerentes e/ou administradores responsáveis subsidiários. 3- Precedentes do STJ : "TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SÓCIO-COTISTA. DÉBITOS DA SEGURIDADE SOCIAL (...) LEI 8.620/93, ART. 13.

1. Em se tratando de débitos da sociedade para com a Seguridade Social, decorrentes do descumprimento das obrigações previdenciárias, há responsabilidade solidária de todos os sócios, mesmo quando se trate de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Aplicação do art. 13 da Lei 8.620/93, que alterou as regras das Leis 8.212 e 8.213, de 1991. 2. Nestes casos, a responsabilidade atribuída pela lei ao sócio-cotista tem respaldo no art. 124, II, do CTN e independe de comprovação, pelo credor exequente, de que o não-recolhimento da exação decorreu de ato abusivo, praticado com violação à lei, ou de que o sócio deteve a qualidade de dirigente da sociedade devedora. (TRF 1ª Região; SÉTIMA TURMA; AGTAG 2004.01.00.041290-8/MG; Relator DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL; DJU 26/11/2004, p.67).

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SÓCIO-COTISTA. DÉBITOS DA SEGURIDADE SOCIAL (...) LEI 8.620/93, ART. 13.

1. Em se tratando de débitos da sociedade para com a Seguridade Social decorrentes do descumprimento das obrigações previdenciárias, há responsabilidade solidária de todos os sócios, mesmo quando se trate de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Aplicação do art. 13 da Lei 8.620/93, que alterou as regras das Leis 8.212 e 8.213, de 1991.

2. Nestes casos, a responsabilidade atribuída pela lei ao sócio-cotista tem respaldo no art. 124, II, do CTN e independe de comprovação, pelo credor exequente, de que o não-recolhimento da exação decorreu de ato abusivo, praticado com violação à lei, ou de que o sócio deteve a qualidade de dirigente da sociedade devedora.

3. Agravo regimental parcialmente provido.

(STJ, AGREsp 410080, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, T1, maioria, DJ 10/05/2004).

“(…) TRIBUTÁRIO. (...) EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITOS PARA COM A SEGURIDADE SOCIAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS. (...)”

I - Nos casos de débitos para com a Seguridade Social, decorrentes do inadimplemento das obrigações previdenciárias, a Lei nº 8.620/93 estabeleceu em seu artigo 13 a responsabilidade solidária dos sócios- cotistas. Assim, não há que se cogitar da necessidade de comprovação, pelo credor exequente, de que o não-recolhimento da exação decorreu de ato abusivo, praticado com violação à lei ou de que o sócio deteve a qualidade de dirigente da sociedade devedora.

II - O dispositivo citado tem respaldo no artigo 124, inciso II, do Código Tributário Nacional, que estabelece a responsabilidade solidária das pessoas expressamente designadas por lei.

III - Em se tratando de débitos da sociedade para com a Seguridade Social, decorrentes do descumprimento das obrigações previdenciárias, não pode ser afastada lei específica, que estabelece a responsabilidade solidária dos sócios pelos débitos previdenciários.”

(STJ, REsp 611396, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, T1, maioria, DJ 09/08/2004).

É inescandível que o ensino jurídico brasileiro, como regra, vai de mal a pior, máxime porque grande parte das faculdades de Direito são verdadeiras caças-níqueis, seus professores fazem da docência um bico, perdoado o uso de um linguajar de todo coloquial.

Mas, de outro norte, o problema apostado na prova prática de Direito Tributário levada a cabo pela OAB/MT, sem embargo de duntas opiniões em contrário, detinha severa má formulação, principalmente porque impensável a interposição de recurso de Agravo de Instrumento, uma vez que se fosse colocada na hipótese da pergunta a constrição de bens e com isso esperado do candidato a escolha dos embargos à execução, quer me parecer que seria dele muito mais exigido vero conteúdo de Direito Tributário do que a desafinada e desorquestrada orientação processual que se preconizou como sendo a escoreita.

Dáí, termino esta matéria com o seu título: deficiência no ensino jurídico ou questão prática ambígua?

Rondonópolis, 21 de fevereiro de 2.006.

* A pesquisa, seja no campo doutrinal ou jurisprudencial, mediante o compulsar de livros ou a navegação na internet, se deveu, assim como a escrita desse texto, à pessoa de minha estagiária Natália Crozara Garcia dada à incapacidade visual que me acomete.

Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=948> Acesso em: 10 mar. 2008.