

# ESTADO DO ESPÍRITO SANTO PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

## CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO DE 1ª CATEGORIA

### Prova Discursiva – Questão 1

Aplicação: 26/03/2023

## PADRÃO DE RESPOSTA DEFINITIVO

A ocorrência de coexistência de jurisdições constitucionais estadual e nacional, como no caso, configura a hipótese de suspensão prejudicial do processo de controle normativo abstrato instaurado perante o tribunal de justiça local (STF. Plenário. ADPF 190, Rel. min. Edson Fachin, julgado em 29/9/2016).

Na realidade, o que o TJ/ES deveria ter feito era suspender a ADI estadual proposta a fim de aguardar o pronunciamento do STF.

No entanto, como isso não ocorreu, deve-se aplicar ao caso a jurisprudência do STF segundo a qual, coexistindo duas ações diretas de inconstitucionalidade de jurisdições constitucionais diversas, o julgamento da primeira — estadual —, proposta no tribunal local, somente prejudica o da segunda na corte suprema se preenchidas duas condições cumulativas: (i) se a decisão do tribunal de justiça for pela procedência da ação e (ii) se a inconstitucionalidade for por incompatibilidade com o preceito da Constituição do estado sem correspondência na Constituição Federal.

Na situação hipotética, apesar de ter sido preenchido o primeiro requisito, não houve a observância do segundo. O fundamento para o TJ/ES ter decidido que a lei era inconstitucional baseou-se no princípio da igualdade, o qual está previsto na Constituição do estado (art. 3.º) e possui correspondência também na Constituição Federal (art. 5.º). Isto é, essa previsão pode ser encontrada tanto na Constituição estadual quanto na Federal.

Assim, subsiste a competência do STF para examinar o tema, uma vez que a última palavra sobre interpretação da CF pertence à corte maior.

Quanto ao mérito, a previsão contida no art. 3.º, *caput*, da Lei nº. XXX/2021 é inconstitucional. De acordo com o STF (Plenário. ADI 3659/AM, Rel. min. Alexandre de Moraes, julgado em 13/12/2018), a legislação estadual que, ao criar o cargo de administrador público, exige que ele seja ocupado por profissional graduado em curso de administração pública mantido por instituição pública de ensino superior, credenciada no respectivo estado, é inconstitucional.

Segundo essa corte, além de ofender o princípio constitucional da igualdade no acesso a cargos públicos, tal disposição viola o art. 19, III, da Constituição Federal, que proíbe a criação de distinções ilegítimas entre brasileiros.

### QUESITOS AVALIADOS

#### 2.1 Efeitos da propositura simultânea de ADI no TJ/ES e no STF

Conceito 0 – Não respondeu ao questionamento OU respondeu equivocadamente que o tribunal de justiça local poderia julgar a ADI estadual.

Conceito 1 – Respondeu que o tribunal de justiça local não poderia julgar a ADI estadual, mas NÃO explicou que a propositura simultânea de ADI no TJ/ES e no STF acarretaria a suspensão do julgamento da primeira.

Conceito 2 – Respondeu que o tribunal de justiça local não poderia julgar a ADI estadual E explicou que a propositura simultânea de ADI no TJ/ES e no STF acarretaria a suspensão do julgamento da primeira, mas NÃO indicou o entendimento jurisprudencial sobre o tema.

Conceito 3 – Respondeu que o tribunal de justiça local não poderia julgar a ADI estadual E explicou que a propositura simultânea de ADI no TJ/ES e no STF acarretaria a suspensão do julgamento da primeira E indicou o entendimento jurisprudencial sobre o tema.

#### 2.2 Prejudicialidade da ADI no STF

Conceito 0 – Não respondeu ao questionamento OU respondeu equivocadamente que ficou prejudicado o conhecimento da ADI no STF.

Conceito 1 – Respondeu que não ficou prejudicado o conhecimento da ADI no STF, mas NÃO indicou o entendimento jurisprudencial.

Conceito 2 – Respondeu que não ficou prejudicado o conhecimento da ADI no STF E indicou o entendimento jurisprudencial do STF sobre o tema de modo inconsistente ou parcial.

Conceito 3 – Respondeu que não ficou prejudicado o conhecimento da ADI no STF E indicou o entendimento jurisprudencial do STF sobre o tema de forma consistente e completa.

### **2.3 Inconstitucionalidade da Lei nº. XXX/21**

Conceito 0 – Não respondeu ao questionamento OU respondeu equivocadamente que a lei é constitucional.

Conceito 1 – Respondeu que a lei é inconstitucional, mas NÃO indicou o entendimento jurisprudencial.

Conceito 2 – Respondeu que a lei é inconstitucional E indicou o entendimento jurisprudencial de modo inconsistente ou parcial.

Conceito 3 – Respondeu que a lei é inconstitucional E indicou o entendimento jurisprudencial de forma consistente e completa.

# ESTADO DO ESPÍRITO SANTO PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

## CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO DE 1ª CATEGORIA

### Prova Discursiva – Questão 2

Aplicação: 26/03/2023

## PADRÃO DE RESPOSTA DEFINITIVO

A resposta correta é sim. De acordo com o STF e o STJ, a concessão do benefício previdenciário deve ser regida pela regra da prevalência da condição mais benéfica ao segurado. Assim, é direito deste o recebimento de prestação previdenciária mais vantajosa entre aquelas cujos requisitos cumpre, assegurando, conseqüentemente, a prevalência do critério de cálculo que lhe proporcione a maior renda mensal possível, a partir do histórico de suas contribuições. Portanto, o contribuinte tem o direito de escolher o critério de cálculo que lhe proporcione a maior renda mensal possível, a partir de seu histórico de contribuições. ~~Trata-se da chamada “revisão da vida toda”, que é admitida tanto pelo STJ quanto pelo STF no cálculo da aposentadoria.~~

Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II, da Lei n.º 8.213/1991 na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3.º da Lei n.º 9.876/1999, aos segurados que ingressaram no RGPS até o dia anterior à publicação da Lei n.º 9.876/1999.

STJ. 1.ª Seção. REsp 1.596.203-PR, Rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 11/12/2019 (recurso repetitivo – Tema 999) (Info. 662).

O segurado que implementou as condições para o benefício previdenciário após a vigência da Lei n.º 9.876, de 26/11/1999, e antes da vigência das novas regras constitucionais, introduzidas pela EC n.º 103/2019, tem o direito de optar pela regra definitiva, caso esta lhe seja mais favorável.

STF. Plenário. RE 1276977/DF, Rel. min. Marco Aurélio, redator do acórdão min. Alexandre de Moraes, julgado em 1.º/12/2022 (Repercussão Geral – Tema 1.102) (Info. 1.078).

Observação: o padrão de resposta possui mais de 10 linhas, porque considera adequadas as respostas apresentadas pelos candidatos que sejam similares ao teor do primeiro parágrafo, bem como aquelas que sejam similares ao teor dos parágrafos segundo e terceiro (caso o candidato opte por tentar reproduzir a literalidade dos julgados pelo STF e STJ).

### QUESITOS AVALIADOS

**2.1** Concessão de aposentadoria regida pela regra da prevalência da condição mais benéfica ao segurado, conforme entendimento do STF e do STJ – Direito de “revisão da vida toda” no cálculo da aposentadoria”.

Conceito 0 – Não respondeu à questão OU respondeu que o STF e o STJ não admitem a “revisão da vida toda” e não justificou corretamente a resposta.

Conceito 1 – Respondeu que apenas um dos tribunais ~~admite a “revisão da vida toda”~~ **considera que a concessão do benefício previdenciário deve ser regida pela regra da prevalência da condição mais benéfica ao segurado** e apresentou a justificativa incompleta.

Conceito 2 – Respondeu que apenas um dos tribunais ~~admite a “revisão da vida toda”~~ **considera que a concessão do benefício previdenciário deve ser regida pela regra da prevalência da condição mais benéfica ao segurado** e apresentou a justificativa completa.

Conceito 3 – Respondeu que os dois tribunais ~~admitem a “revisão da vida toda”~~ **consideram que a concessão do benefício previdenciário deve ser regida pela regra da prevalência da condição mais benéfica ao segurado** e apresentou a justificativa incompleta.

Conceito 4 – Respondeu que os dois tribunais ~~admitem a “revisão da vida toda”~~ **consideram que a concessão do benefício previdenciário deve ser regida pela regra da prevalência da condição mais benéfica ao segurado** e apresentou a justificativa completa.

# ESTADO DO ESPÍRITO SANTO PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

## CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO DE 1ª CATEGORIA

### Prova Discursiva – Questão 3

Aplicação: 26/03/2023

## PADRÃO DE RESPOSTA DEFINITIVO

A devedora solidária não pode ser responsabilizada por perdas e danos, por não haver dado causa ao descumprimento contratual. O art. 279 do Código Civil dispõe que, por perdas e danos, só responde o culpado. A jurisprudência do STJ (Terceira Turma, REsp. nº 1.867.551/RJ (2019/0302921-6), Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 05/10/2021, DJe 13/10/2021) também atesta que cabe ao devedor solidário pagar o equivalente à prestação pela qual se obrigou e que se tornou impossível, mas não é responsável pelo pagamento das perdas e dos danos, quando não tiver dado causa ao descumprimento. Frise-se que, nos termos do art. 265 do Código Civil, a solidariedade decorre da lei ou do contrato e, no caso em análise, decorreu da vontade das partes externada no contrato firmado.

Sobre o tema, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber (*Fundamentos do Direito Civil: Obrigações. v.2.* Disponível em: Minha Biblioteca, (3rd edição). Grupo GEN, 2022. p. 137):

“A impossibilidade superveniente da obrigação, seja de dar, fazer ou não fazer, por culpa do devedor, deflagra o dever de ressarcir o credor, pagando-lhe o equivalente pecuniário à prestação. Subsiste no que tange ao ressarcimento a solidariedade, podendo cada um dos codevedores solidários ser chamado a arcar integralmente com este valor, porque cada um deles é responsável pela dívida toda, a qual o seu equivalente pecuniário vem substituir. Não há agravamento da situação dos codevedores pela conversão do cumprimento em seu equivalente monetário. Com efeito, ‘a substituição da prestação desaparecida não lhes aumentará o encargo, não lhes tornará a obrigação mais gravosa, não lhes trará diminuição outra de patrimônio, visto que deviam totalmente a prestação total. Respondendo pelo equivalente, nenhum gravame sofrem e nem se lhes grandie o peso dos encargos’.

*Já as perdas e danos devidas por conta da impossibilidade culposa da prestação não podem ser indistintamente imputadas a todos os devedores. Isso porque se trata de verba devida em função da culpa, que é pessoal e exclusiva de um ou de alguns devedores, em particular. Como explica a doutrina, o ressarcimento das perdas e danos não tem ‘causa imediata na obrigação contraída, e sim no fato culposo ou na mora dos que deram lugar à perda da coisa, e, pois, derivando tal obrigação de um fato posterior à obrigação assumida, é justo que ele grave somente os que, com sua culpa, ou mora, contribuíram para a perda da coisa devida’. Por tal motivo, ficam isentos dos seus efeitos os demais codevedores, em atenção ao princípio geral de que condições pessoais não podem resultar em ônus adicional aos consortes. Desse modo, se o fabricante de artigos de computação assume solidariamente com a companhia transportadora a obrigação de entregar peças de alta tecnologia, e tais peças chegam ao seu destino já danificadas pelo descuido no transporte, tanto o fabricante quanto a companhia transportadora são solidariamente responsáveis frente ao credor pelo equivalente, mas somente a transportadora arcará com as perdas e danos. Note-se que a previsão do art. 279 do Código Civil é dispositiva, não impedindo que as partes, solidariamente vinculadas, estabeleçam cláusula penal compensatória. Se a impossibilidade da prestação se der, ao contrário, por caso fortuito, força maior ou qualquer outra causa não imputável a qualquer devedor solidário, todos ficarão exonerados da obrigação, a não ser que expressamente tenham se responsabilizado por ela. Este também é o princípio geral que se extrai das regras atinentes às modalidades de obrigações.”.*

Além do que, a jurisprudência do STJ não admite a cumulação das perdas e dos danos com cláusula penal compensatória (STJ, Terceira Turma, AgInt no AREsp. nº 1.426.568/SC (2019/0008384-5), Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 31/08/2020, DJe 03/09/2020).

Por fim, de acordo com o entendimento do STJ (Terceira Turma, REsp. nº 1.867.551/RJ (2019/0302921-6), Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 05/10/2021, DJe 13/10/2021), o devedor solidário assumiu a responsabilidade pelo pagamento da cláusula penal compensatória independentemente de causa, origem ou natureza do fato que gerasse o inadimplemento contratual, sendo, portanto, obrigado ao seu pagamento, ainda que não tenha agido com culpa e(ou) dolo, por se tratar de uma relação paritária na qual deve ser respeitada a autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos.

**QUESITOS AVALIADOS**

## 2.1

Conceito 0 – Não abordou o quesito ou afirmou que a devedora solidária pode ser responsabilizada por perdas e danos.

Conceito 1 – Afirmou que a devedora não pode ser responsabilizada por perdas e danos, mas não justificou sua resposta.

Conceito 2 – Afirmou que a devedora solidária não pode ser responsabilizada por perdas e danos e justificou que tal se deve ao fato de ela não ter dado causa ao descumprimento contratual e por não ser possível cumulá-la com cláusula penal compensatória.

## 2.2

Conceito 0 – Não abordou o quesito ou afirmou que a devedora solidária não pode responder pelo pagamento da cláusula penal compensatória.

Conceito 1 – Afirmou que a devedora solidária deve responder pelo pagamento da cláusula penal compensatória, mas não justificou sua resposta.

Conceito 2 – Afirmou que a devedora solidária deve responder pelo pagamento da cláusula penal compensatória porque, independentemente do fato de não ter dado causa ao resultado danoso, subscreveu cláusula contratual na qual assumiu a responsabilidade pelo pagamento da cláusula penal compensatória.

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO DE 1ª CATEGORIA

Prova Discursiva – Parecer

Aplicação: 26/03/2023

**PADRÃO DE RESPOSTA DEFINITIVO**

Processo: XX

Interessado: SEMOBI/ES

Assunto: Rescisão de contrato e contratação direta de remanescente de obra

**Relatório**

Trata-se de consulta encaminhada a esta Casa Jurídica, pela SEMOBI/ES, acerca da possibilidade de rescisão unilateral de contrato com ABC, pessoa jurídica contratada para execução de obra pública, após regular processo licitatório. Questiona-se, ainda, a possibilidade de contratação direta das demais licitantes classificadas no processo licitatório que consagrou a ABC.

Passa-se à análise das questões suscitadas.

**Fundamentação**

1 Da rescisão unilateral

Consta nos autos que a contratada ABC tem reiteradamente descumprido cláusulas contratuais, além de desatender às determinações emanadas pelos fiscais do contrato. Essas são hipóteses de rescisão unilateral do contrato pela administração, inscritas no art. 137, I e II, da Lei de Licitações e Contratos.

O diploma exige, todavia, que essas causas sejam formalmente documentadas no processo administrativo, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa e observando-se eventual procedimento descrito em regulamento próprio. Observado o procedimento, é imperioso que a rescisão seja precedida por autorização escrita e fundamentada do secretário de estado e reduzida a termo no respectivo processo.

2 Da possibilidade de contratação direta pelos termos da proposta vencedora

A Lei de Licitações e Contratos expressamente prevê a possibilidade de contratação de remanescente de obra pelas demais licitantes classificadas, no caso de extinção de contrato, conforme previsão do § 7.º do art. 90. As condições de contratação, nesse caso, devem observar as mesmas que integraram a proposta original e deve ser observada a ordem de classificação das licitantes (art. 90, §§ 2.º e 7.º).

3 Da possibilidade de contratação direta em termos menos vantajosos para administração

Caso reste documentado que as demais licitantes classificadas não se interessaram por firmar o contrato para a execução do remanescente de obra, nas mesmas condições do licitante vencedor, é facultado à administração a convocação dos licitantes remanescentes para negociação, na ordem de classificação, com vistas à obtenção de preço melhor, mesmo que acima do preço do adjudicatário. Essa é a disposição do § 3.º do art. 90, interpretada conjuntamente com o § 7.º.

Finalmente, há a possibilidade de adjudicação e celebração do contrato nas condições ofertadas pelos licitantes remanescentes, atendida a ordem classificatória, quando frustrada a negociação de melhor condição, **observado o valor estimado para contratação e eventual atualização.**

**Conclusão**

Ante o exposto, opina-se pela possibilidade de extinção do contrato, por ato unilateral da administração, verificadas as condutas faltosas e observadas as formalidades descritas no corpo desse parecer.

A contratação direta (**ou contratação do remanescente de obra**) dos demais licitantes classificados para a contratação de remanescente de obra é facultada à administração, que deverá observar o interesse público, convocando-se, sucessivamente, por ordem de classificação, para manifestação de interesse pelo valor inicialmente adjudicado; para negociação por um melhor preço que o ofertado nas suas propostas; e, finalmente, pelo valor apresentado, obedecida a ordem classificatória.

## **QUESITOS AVALIADOS**

### **2.1**

Conceito 0 – Não apresentou relatório.

Conceito 1 – Apresentou relatório com apenas parte dos fatos apresentados na situação hipotética.

Conceito 2 – Apresentou relatório com o resumo adequado dos fatos apresentados na situação hipotética.

### **2.2**

#### **2.2.1**

Conceito 0 – Não opinou sobre a rescisão unilateral ou opinou pela ilegalidade da extinção unilateral do contrato.

Conceito 1 – Opinou pela possibilidade de extinção unilateral do contrato pela administração, mas não fundamentou ou fundamentou de forma equivocada.

Conceito 2 – Opinou pela possibilidade de extinção unilateral do contrato pela administração e indicou a necessidade de documentação das faltas com observância do contraditório e da ampla defesa; OU indicou a necessidade de observar procedimento formal descrito em regulamento; OU indicou a necessidade de autorização escrita e fundamentada do secretário de estado/**autoridade competente** e reduzida a termo no respectivo processo.

Conceito 3 – Opinou pela possibilidade de extinção unilateral do contrato pela administração e indicou apenas dois dos três seguintes itens: a necessidade de documentação das faltas com observância do contraditório e da ampla defesa; observância do procedimento formal descrito em regulamento; autorização escrita e fundamentada do secretário de estado/**autoridade competente** e reduzida a termo no respectivo processo.

Conceito 4 – Opinou pela possibilidade de extinção unilateral do contrato pela administração e indicou a necessidade de documentação das faltas com observância do contraditório e da ampla defesa, a necessidade de observar procedimento formal descrito em regulamento e a necessidade de autorização escrita e fundamentada do secretário de estado/**autoridade competente** e reduzida a termo no respectivo processo.

#### **2.2.2**

Conceito 0 – Não opinou a respeito da contratação ou opinou pela impossibilidade de contratação direta/**remanescente de obra**.

Conceito 1 – Opinou pela possibilidade de contratação direta/**remanescente de obra** sem fundamentação adequada.

Conceito 2 – Opinou pela possibilidade de contratação direta/**remanescente de obra** e apresentou apenas uma das seguintes características e(ou) fundamentos: afirmou que se trata de conduta discricionária da administração; afirmou que devem ser observados os mesmos termos da proposta vencedora; indicou a necessidade de se observar a ordem classificatória.

Conceito 3 – Opinou pela possibilidade de contratação direta/**remanescente de obra** e apresentou apenas duas das seguintes características e(ou) fundamentos: afirmou que se trata de conduta discricionária da administração; afirmou que devem ser observados os mesmos termos da proposta vencedora; indicou a necessidade de se observar a ordem classificatória.

Conceito 4 – Opinou pela possibilidade de contratação direta/**remanescente de obra** e apresentou todos(as) as seguintes características e(ou) fundamentos: afirmou que se trata de conduta discricionária da administração; afirmou que devem ser observados os mesmos termos da proposta vencedora; indicou a necessidade de se observar a ordem classificatória, de forma bem fundamentada.

#### **2.2.3**

Conceito 0 – Não opinou a respeito do assunto ou opinou pela impossibilidade de se contratar diretamente (**sem nova licitação**) os demais licitantes por proposta menos vantajosa que a vencedora.

Conceito 1 – Opinou pela possibilidade de contratação por proposta menos vantajosa, sem fundamentação adequada.

Conceito 2 – Opinou pela possibilidade e abordou apenas um dos seguintes conceitos, de forma fundamentada: trata-se de ato discricionário; está fundamentado na nova lei de licitações; deve ser observada a negociação por proposta mais vantajosa e, posteriormente, poderá haver a contratação pela proposta ofertada pelos licitantes classificados, sempre observada a classificação e **o valor estimado para contratação com eventual atualização**.

Conceito 3 – Opinou pela possibilidade e abordou apenas dois dos seguintes conceitos, de forma fundamentada: trata-se de ato discricionário; está fundamentado na nova lei de licitações; deve ser observada a negociação por proposta mais vantajosa e, posteriormente, poderá haver a contratação pela proposta ofertada pelos licitantes classificados, sempre observada a classificação e **o valor estimado para contratação com eventual atualização**.

Conceito 4 – Opinou pela possibilidade e abordou todos seguintes conceitos, de forma fundamentada: trata-se de ato discricionário; está fundamentado na nova lei de licitações; deve ser observada a negociação por proposta mais vantajosa e, posteriormente, poderá haver a contratação pela proposta ofertada pelos licitantes classificados, sempre observada a classificação e **o valor estimado para contratação com eventual atualização**.

### **2.3**

Conceito 0 – Não apresentou conclusão.

Conceito 1 – Apresentou conclusão com resumo parcial dos itens analisados na fundamentação ou incoerente com a abordagem apresentada na fundamentação.

Conceito 2 – Apresentou conclusão com o resumo adequado dos itens analisados na fundamentação.

# ESTADO DO ESPÍRITO SANTO PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

## CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO DE 1ª CATEGORIA

Prova Discursiva – Peça

Aplicação: 26/03/2023

### PADRÃO DE RESPOSTA DEFINITIVO

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO/AO JUÍZO DA VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE VITÓRIA- XXXX - ES**

O Estado do Espírito Santo, representado pelo procurador do estado infra-assinado, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fulcro no artigo 17 da Lei n.º 6.830/1980, apresentar IMPUGNAÇÃO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL que foram opostos por João, pelas razões de fato e de direitos a seguir expostas.

I – Relatório (dispensado)

II – FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Preliminar

II.I – Intempestividade

(a) Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no REsp n.º 1.112.416/MG, o termo inicial para a oposição dos embargos à execução fiscal é a data da efetiva intimação da penhora, e não a da juntada aos autos do mandado cumprido. Nesse sentido, (b) transcorreu o prazo previsto no art. 16 da Lei n.º 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal – LEF), quando do ajuizamento dos embargos à execução fiscal, razão pela qual esses embargos devem ser rejeitados.

Mérito

II.II – Da impossibilidade de se ter alegação de prescrição nos embargos à execução fiscal

A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que as matérias decididas em exceção de pré-executividade não podem ser reiteradas em embargos à execução fiscal, ante a ocorrência de preclusão, além de violar o princípio da coisa julgada (REsp n.º 1.724.366/SP, DJe 25/05/2018, Ministro Herman Benjamin). Como a alegação de prescrição do crédito “A” já havia sido rejeitada na exceção de pré-executividade manejada por João, deve ser alegada a preclusão da questão.

II.III – Impossibilidade da alegação de compensação no âmbito dos embargos à execução

Conforme previsto no (ii) artigo 16, §3.º, da LEF, nos embargos à execução, “não será admitida reconvenção, nem compensação”. De outra parte, o STJ, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.008.343/SP, submetido ao regime do art. 543-C do CPC/1973, fixou entendimento de que (iii) a compensação tributária pode ser oponível em sede de embargos à execução fiscal, desde que a alegação da extinção da execução fiscal ou da necessidade de dedução de valores pela compensação total ou parcial já tenha sido efetuada à época do ajuizamento do executivo fiscal, atingindo a liquidez e a certeza do título executivo. No caso concreto, (iv) como houve rejeição, no âmbito administrativo, da compensação do crédito “A” com o crédito “Y”, a liquidez e a certeza do título não foram atingidas.

## II.IV – Da higidez do crédito tributário “A”

Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Tema n.º 1094 de repercussão geral, (v) após a Emenda Constitucional (EC) n.º 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedique, habitualmente, ao comércio ou à prestação de serviços. (vi) As leis estaduais editadas após a EC n.º 33/2001 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar (LC) n.º 114/2002, com o propósito de impor o ICMS sobre a referida operação, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC n.º 114/2002. (viii) No caso, como o fato gerador do ICMS-importação foi posterior ao advento da lei estadual e da lei complementar, a cobrança é regular.

## III – Pedido

Em face do exposto, a Fazenda Pública do Estado do Espírito Santo requer:

(ix) A rejeição dos embargos à execução fiscal, em razão da intempestividade.

Caso não acolhida a intempestividade:

(x) Sejam julgados IMPROCEDENTES os presentes embargos à execução fiscal, com a condenação do embargante ao pagamento das custas, das despesas processuais e das demais cominações legais pertinentes, inclusive os honorários advocatícios, dando-se regular prosseguimento ao processo de execução.

Local, data.

Procurador do Estado do Espírito Santo

## QUESITOS AVALIADOS

**2.1 ESTRUTURA DA PEÇA** – Endereçamento, nome adequado da peça, fundamentos jurídicos, pedido, assinatura.

Conceito 0 – Não mencionou nenhum dos elementos da peça.

Conceito 1 – Mencionou um dos elementos da peça.

Conceito 2 – Mencionou dois dos elementos da peça.

Conceito 3 – Mencionou três dos elementos da peça.

Conceito 4 – Mencionou quatro dos elementos da peça.

Conceito 5 – Mencionou os cinco elementos da peça.

**2.2 Intempestividade** – Apontou a (i) intempestividade dos embargos à execução fiscal, mencionando a (ii) jurisprudência do STJ no sentido de que o termo inicial deve ser contado a partir da intimação do termo de penhora e (iii) destacando o transcurso do prazo do art. 16 da LEF.

Conceito 0 – Não apontou nenhum dos três elementos cobrados no tópico.

Conceito 1 – Apontou um dos três elementos cobrados no tópico.

Conceito 2 – Apontou dois dos três elementos cobrados no tópico.

Conceito 3 – Apontou os três elementos cobrados no tópico.

**2.3 Prescrição** – Apontou a (i) impossibilidade de alegação de prescrição nos embargos à execução fiscal, ante a (ii) preclusão da questão em razão da rejeição da exceção de pré-executividade.

Conceito 0 – Não abordou o quesito.

Conceito 1 – Abordou um quesito.

Conceito 2 – Abordou os dois quesitos.

**2.4 Compensação** – Abordou (i) o artigo 16, §3.º, da LEF, nos embargos à execução, “não será admitida reconvenção, nem compensação”; (ii) mencionou a jurisprudência do STJ no sentido de que a compensação tributária pode ser oponível em sede de embargos à execução fiscal, desde que a alegação da extinção da execução fiscal ou da necessidade de dedução de valores pela compensação total ou parcial já tenha sido efetuada à época do ajuizamento do executivo fiscal; e (iii) explicou que, como houve rejeição da compensação do crédito “A” com o crédito “Y” no âmbito administrativo, a liquidez e a certeza do título não foram atingidas.

Conceito 0 – Não apontou nenhum dos três elementos cobrados no tópico.

Conceito 1 – Apontou um dos três elementos cobrados no tópico.

Conceito 2 – Apontou dois dos três elementos cobrados no tópico.

Conceito 3 – Apontou os três elementos cobrados no tópico.

**2.5 Higiene do crédito tributário “A”** – Mencionou a jurisprudência do STF — Tema n.º 1094 de RG — no sentido de que, (i) após a EC n.º 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedique, habitualmente, ao comércio ou à prestação de serviços, destacando que (ii) as leis estaduais editadas após a EC n.º 33/2001 e antes da entrada em vigor da LC n.º 114/2002, com o propósito de impor o ICMS sobre a referida operação, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC n.º 114/2002 e, portanto, (iii) no caso, como o fato gerador do ICMS-importação foi posterior ao advento da lei estadual e da lei complementar, a cobrança é regular.

Conceito 0 – Não apontou nenhum dos três elementos cobrados no tópico.

Conceito 1 – Apontou um dos três elementos cobrados no tópico.

Conceito 2 – Apontou dois dos três elementos cobrados no tópico.

Conceito 3 – Apontou os três elementos cobrados no tópico.

**2.6 Pedidos** – (i) Rejeição dos embargos à execução em razão da intempestividade e, no caso de não acolhimento, (ii) a improcedência dos embargos à execução fiscal, com a condenação do embargante ao pagamento das custas, das despesas processuais e das demais cominações legais pertinentes, (iii) inclusive os honorários advocatícios.

Conceito 0 – Não apontou nenhum dos três elementos cobrados no tópico.

Conceito 1 – Apontou um dos três elementos cobrados no tópico.

Conceito 2 – Apontou dois dos três elementos cobrados no tópico.

Conceito 3 – Apontou os três elementos cobrados no tópico.