

Silvino de Alencar Barros

Compensação de tributos com precatórios judicial: EC 30/2009 e o direito intertemporal.

INTRODUÇÃO

Com a publicação da Emenda Constitucional 62/2009, que incluiu o artigo 97 nos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 e alterou o art. 100 da CF/88, iniciou-se um novo tempo para o regime de pagamento de precatórios judiciais. Em meio a inúmeros protestos quanto a sua aprovação, a EC 62/2009 trouxe ao ordenamento jurídico inovações – em alguns casos polêmicos - a fim de solucionar a problemática dos calotes aos credores públicos que pela terceira vez tiveram adiados o recebimento do montante a que fazem jus¹.

Na vigência da Emenda Constitucional 30/2000, era possível se requerer o sequestro ou compensação – através poder liberatório para pagamento de tributos - dos valores correspondentes às parcelas decimais não pagas pelo Poder Público após o seu vencimento, sendo possível inclusive a cessão dos créditos. De acordo com as normas atuais, o alcance destes institutos foi restringido e a moratória estendida por mais 15 anos.

No entanto, inúmeras situações ficaram pendentes de resolução no momento da transição normativa, sobretudo do art. 97 nos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias por trazer em seu *caput* a possibilidade de retroatividade dos efeitos desta modificação legal. Ou seja, determinou que o regime especial de pagamento dos precatórios judiciais – intitulação dada pela nova Emenda – fosse aplicado também aos precatórios pendentes de pagamento.

Assim formou-se uma incógnita sobre qual o regime de pagamento deveria estar vigorando para os precatórios judiciais pendentes de pagamento: Aquele veiculado na Emenda Constitucional 30/2000 ou o da Emenda Constitucional 62/2009? Tal questionamento se torna ainda mais relevante quando se analisa os casos em que os credores e

¹ A primeira moratória se deu em 1988 com a publicação da Constituição Federal e a segunda com a aprovação da EC 30/2000.

cessionários optaram por utilizar o encontro de contas de seus créditos com o pagamento de tributos vencidos e vincendos, em conformidade com a primeira, para o pagamento indireto de seus créditos.

Toda a celeuma causada pela transição de regime tem como cerne o direito adquirido do credor público ou cessionário de ainda gozar dos benefícios trazidos pela sistemática anterior, sobretudo quanto à compensação dos créditos públicos com tributos pagos pelo contribuinte ao ente devedor. Desta forma, faz-se mister analisar a sombra de inconstitucionalidade que circunda o art. 97 do ADCT no trecho em que autoriza a aplicação retroativa do dispositivo e mais expresso em seu §15:

Art. 97. Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, **os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos**, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, **farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas**, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional. (grifo nosso)

§ 15. Os precatórios parcelados na forma do art. 33 ou do art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e ainda pendentes de pagamento ingressarão no regime especial com o valor atualizado das parcelas não pagas relativas a cada precatório, bem como o saldo dos acordos judiciais e extrajudiciais. (grifo nosso)

Ademais, tendo em vista que as diversas tentativas de várias entidades de retirar do ordenamento jurídico as moratórias do Poder Público via Poder Judiciário não tiveram sucesso por ainda não terem sido julgadas, a possibilidade deste regime de pagamentos permanecer é alta. Logo, analisar a viabilidade de quitação de obrigações tributárias via precatórios judiciais é de extrema valia para aqueles que possuem tal desiderato.

De acordo com as alterações trazidas pela EC 62/2009, no art. 97 do ADCT, §10º, II:

Art. 97, §10 - No caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e os §§ 2º e 6º deste artigo: II - **constituir-se-á, alternativamente, por ordem do Presidente do Tribunal requerido, em favor dos credores de precatórios, contra Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, direito líquido e certo, autoaplicável e independentemente de regulamentação, à compensação automática com**

débitos líquidos lançados por esta contra aqueles, e, havendo saldo em favor do credor, o valor terá automaticamente poder liberatório do pagamento de tributos de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, até onde se compensarem; (grifo nosso).

Tais enunciados revelam a possibilidade de se concretizar a compensação de tributos com precatórios judiciais, no entanto as discussões ainda permanecem com lacunas diante da pouca apreciação pelo Poder Judiciário desta modificação legal: seria legal ou constitucional o Estado se apropriar do direito de compensação de tributos independente da vontade do credor?

1 DIREITO INTERTEMPORAL

O Direito tem como objetivo a regulação de condutas visando a pacificação social. Nisto, através dos representantes no Poder Legislativo eleitos pelo povo, por meio de leis, transformam eventos sociais em fatos jurídicos que possibilitam a coerção dos indivíduos ao significado dos signos presentes nos enunciados prescritivos, desde que vertidos em linguagem competente e inseridas no sistema pelo veículo adequado e agente habilitado.

O procedimento de produção dos enunciados prescritivos é denominado enunciação. Este pode ser desenvolvido através da atuação política ou de normas de produção jurídica, também conhecidas como normas de estrutura. Estas, por sua vez, estão espalhadas por todo o ordenamento jurídico, sobretudo na Constituição da República de 1988, e se dedicam a regular a produção normativa: são normas que regulam a produção de outras, ou seja, são os atos preparatórios que antecedem o surgimento dos enunciados prescritivos.

A fase legislativa ainda é precedida da fase pré-legislativa. Esta não possui tamanho significado à Ciência do Direito, pois se constitui no momento de motivação, valoração, necessidades da sociedade, razões da lei, negociações entre os políticos, enfim, são momentos não juridicizados e sim sociais passíveis de estudo por outras ciências. Já na primeira, é o momento regulado por normas, sejam elas constitucionais ou não, que se estende da iniciativa da proposta à publicação do diploma legal².

A enunciação se divide em: a) enunciação enunciada; e b) enunciado enunciado. A primeira representa o momento em que as prescrições normativas da enunciação são vertidas em linguagem competente, dando origem a norma concreta e geral. Já o segundo representa a cadeia normativa que derivará da primeira, traduzindo os comandos expedidos por aquela. Juntos formam norma jurídica que disciplinará a conduta regulada através da estrutura hipotética-condicional³.

² As normas dispostas em lei passam a ter a elas agregadas o adjetivo qualificador “jurídica”, distinguindo-as de outras de natureza diversas, como, por exemplo, sociais ou culturais. A partir deste momento a norma jurídica passa a ter a prerrogativa da coercitividade através da postulação de assistência ao Direito no Poder Judiciário.

³ “Da enunciação enunciada, é construída a norma concreta e geral. Já do enunciado enunciado são construídas as normas gerais, individuais, concretas e abstratas. Forma uma, conteúdo as outras. A norma concreta e geral pertence, como norte a divisão do direito em ramos, ao âmbito do direito constitucional, porquanto positiva um

Devidamente organizados através da uma estrutura hipotética-condicional (se *a* deve ser *b*), regra-matriz de incidência tributária ou *densificada* a norma, nos dizeres do mestre português Canotilho⁴, tem-se a norma jurídica ou a mensagem deôntica da conduta derivada dos signos colocados na lei pelo legislador, no intuito de regular determinado fato jurídico e disciplinar certa conduta. Em outras palavras, verte-se o comando em linguagem competente para que possam inseri-lo no ordenamento jurídico através de autoridade habilitada e veículo introdutor adequado e, por fim, possam produzir efeitos no mundo dos fatos.

Nas palavras de Leandro Morais Groff⁵:

(...) a norma jurídica apresenta uma estrutura sintática bem definida (hipotético-condicional), saturada com os conteúdos significativos atribuídos pelo intérprete a partir da leitura dos textos de direito positivo (plano semântico), e que tem por escopo orientar as condutas intersubjetivas no sentido da realização de certos valores que a sociedade considera relevantes (plano pragmático). Eis aí a norma jurídica em sua inteireza significativa.

As normas jurídicas são partes integrantes de um sistema positivo ou ordenamento jurídico único que se correlaciona através de princípios e valores que dada sociedade prepondera. Segundo a doutrina defendida, desenvolvida e difundida por Paulo de Barros Carvalho, a formação da linguagem deôntica segue, sinteticamente, o seguinte percurso de intelecção do operador do direito:

A unicidade do texto jurídico-positivo e os quatro subsistemas: a) conjunto de enunciados, tomados no plano da expressão; b) o conjunto de conteúdos de significação dos enunciados prescritivos; c) o domínio articulado de significações normativas; e d) a forma superior do sistema normativo⁶

A relação de coordenação e subordinação hierárquica das normas jurídicas pode ser descrita como hierarquia formal e material⁷. A primeira se dirige ao status do qual goza o diploma que veicula determinadas prescrições – requisitos de aprovação, derrogação, ab-

específico instrumento introdutor de normas, previsto nas normas de produção normativa. Por outro lado, as normas construídas com fulcro nos enunciados enunciados podem pertencer aos mais diversos ramos em que se estrutura a ordem jurídica. Ou seja, os enunciados enunciados podem veicular normas de direito penal, civil, administrativo, processual, trabalhista, etc” (IVO, Gabriel. A produção Abstrata de Enunciados Prescritivos. In: Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem à Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, 1ª Edição)

⁴ ‘Densificar uma norma’ significa preencher, completar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almeida, 2002. 6ª Edição)

⁵ GROFF, Leandro Morais, Direito Intertemporal Tributário. São Paulo: 2008. Disponível em: (http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=7503)

⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 21ª. ed. São Paulo: SARAIVA, 2009.

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário Linguagem e Método. São Paulo: Noeses, 2008.

rogação, entre outras – e o segundo se dirige ao conteúdo deôntico derivado dos signos ali dispostos.

Desta forma, a correta norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto deverá obedecer, não apenas as normas hierarquicamente superiores (subordinação) ou especiais (coordenação), mas também aos fundamentos maiores do sistema ao qual estão inseridas através das técnicas hermenêuticas mais adequadas de integração ao plexo normativo. Assim, o aplicador do direito⁸ deverá elucidar as prescrições normativas de acordo com o sistema a que se integra obedecendo às normas fundamentais, passando pelas normas gerais, se desdobrando até se construir norma individual e concreta para a aplicação no mundo dos fatos sem que haja qualquer impedimento durante o percurso.

1.1. Natureza das Sobrenormas

No ordenamento jurídico temos duas possibilidades de aplicação de suas normas: nas condutas intersubjetivas dos cidadãos e nas próprias normas jurídicas a fim de disciplinar a sua incidência no ordenamento jurídico. Na primeira temos as chamadas normas de conduta e a segunda temos as normas de estrutura, nos dizeres de Norberto Bobbio⁹.

Tendo em vista a necessidade de harmonizar a aplicação das normas jurídicas de conduta no ordenamento jurídico, as normas de estrutura se valem de regras que possibilitam dirimir conflitos e disciplinar a aplicação daquelas. Desta forma, possuem como suporte fático normas jurídicas em colisão – objeto imediato - em detrimento dos fatos juridicizados - objeto mediato.

As normas de direito intertemporal tem o objetivo de dirimir o conflito de normas no tempo, ou seja, de normas que se sucedem no tempo. Devido à possibilidade de aplicação de duas ou mais normas jurídicas conflitantes, em dado espaço de tempo, sobre a mesma conduta regulada por idêntico antecedente da estrutura hipotética-condicional, necessita-se de normas

⁸ “é importante dizer que não se dará a incidência se não houver um ser humano fazendo a subsunção e promovendo a implicação que o preceito normativo determina”. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – fundamentos jurídicos da incidência*, p.9 (COMPLETAR)

⁹ “Existem normas de comportamento ao lado de normas de estrutura. As normas de estrutura podem também ser consideradas como normas para a produção jurídica: quer dizer, como as normas que regulam procedimentos de regulamentação jurídica. Elas não regulam o comportamento, mas o modo de regular um comportamento, ou, mais exatamente, o comportamento que elas regulam é o de produzir regras” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.)

de estrutura do sistema que incidem sobre o consequente da norma aplicada. Assim bem sintetiza Lourival Vilanova:

Existindo a norma N''' que dá o critério para optar entre a norma N' e N'', a *relação jurídica* abstrata entre aquela e estas não se confunde com a *relação jurídica concreta* que se acha em *mediata conexão* com uma das duas normas, N' e N''. Relativamente a estas duas normas, uma das quais a ser aplicada, a norma N''' é *formal*: é uma *norma de remissão*, que se enche do conteúdo ofertado por N' ou N''. *Essa norma de solução do conflito, por si mesma, não tem incidência no suporte fático, para convertê-lo em fato jurídico, do qual resulta a relação jurídica concreta entre os sujeitos titulares de direitos e sujeitos titulares de deveres.* A incidência imediata de N''' é sobre as normas, a cuja aplicabilidade ela dá o critério de escolha¹⁰ (grifo no original)

1.2. Requisitos das Sobrenormas

A identificação das normas conflitantes se perceberá quando haja identidade entre seus antecedentes – hipótese de incidência – mas divergência no consequente: as prescrições normativas possuem idêntico suporte fático, no entanto prescrevem condutas antagônicas sobre o mesmo espaço de tempo. Esquemáticamente: sendo a norma N1 introduzida no momento em que vigora o sistema S1, ou N2 em S2, não haverá conflito; somente no instante em que N1 estiver produzindo efeitos em S2, e vice-versa. Logo, não basta o conflito material das normas, mas também a sucessividade de sistemas ou prescrições normativas.

Além de requisitos acima, a normas devem ser exequíveis, ou seja, serem capazes de produzir efeitos. Para que a norma atinja este status deve ela atender os seguintes pressupostos: vigência, validade e eficácia. Caso contrário, não se verifica a colisão de consequentes: critério imperioso para a aplicação das sobrenormas.

Resumidamente, os requisitos de aplicação das normas de direito intertemporal são: 1) sucessividade de normas; 2) identidade material; 3) exequibilidade; 4) confronto de condutas no consequente da relação hipotética-condicional. Desta forma, no momento em que tais requisitos aparecem na construção na regra-matriz de incidência tributária, é que se faz mister a presença de normas estruturais do sistema.

¹⁰VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. 4ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2000. PP. 126-7

Analisando a lição de mestre paulista Leandro Groff, este identifica o momento em que é possível a verificação do conflito de normas de acordo com as quatro etapas do percurso de inteligência descrito por Paulo de Barros Carvalho:

É no subdomínio das normas jurídicas estrito-senso que o operador do direito poderá verificar que, a partir das significações obtidas (S2) no contato com o plano de expressão (S1), tornou-se possível construir duas ou mais normas jurídicas (S3) sucessivas que descrevem em suas hipóteses o mesmo suporte fático, porém prescrevem em seus consequentes condutas diversas.

1.3. Possíveis Conflitos de Normas no Tempo e a Interpretação por Sistemas

As sobrenormas – ou normas de direito intertemporal - não ditam qual das normas jurídicas em conflito deve ser aplicada ao caso concreto, apenas oferece ao aplicador do Direito os meios para que se solucione tal celeuma, além de revelar se a aplicação de uma delas possui caráter revogador. É através da aplicação das normas ao caso concreto que se pode perceber se houve ou não o conflito.

A simples vigência das normas no sistema não determinará a necessidade de intervenção das sobrenormas para buscar a solução ao caso concreto: apenas ao se operacionalizar o direito estabelecendo a regra-matriz de incidência das normas possíveis de serem aplicadas, é que se sobressai a necessidade de intervenção do direito intertemporal.

Em geral, as leis ingressam no ordenamento com quarenta e cinco dias da sua publicação, de acordo com o art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga LICC, salvo disposição em contrário. Desta forma, após o decurso do prazo da *vacatio legis* as normas provenientes de lei já poderão surtir efeitos.

Cabe ressaltar, que caso uma nova lei venha a regular conduta nunca antes juridicizada não existe conflito, logo não é possível a aplicação de sobrenormas ao caso concreto por falta de suporte fático para aplicação do direito intertemporal.¹¹

Para Maria Luiza Vianna Pessoa¹², as normas entrantes no sistema podem encontrar os seguintes efeitos produzidos por outras:

¹¹ Acompanhamos o entendimento de Leandro Groff no sentido de que o direito intertemporal, não é conflito de leis como alguns autores ministram, mas sim conflito de normas no tempo, onde justifica a nomenclatura do tema como sendo “direito intertemporal”.

- 1)Integralmente consumados no passado, isto é, que tenham se iniciado e encerrado integralmente antes de sua entrada em vigor;
- 2)Em curso de produção de efeitos, vale dizer, que se constituíram de acordo com os critérios da norma veiculada pela lei antiga, mas que ainda produzem efeitos quando da promulgação da norma veiculada pela lei nova; e
- 3)Situações jurídicas em curso de constituição segundo os critérios da norma jurídica veiculada pela lei antiga.

No primeiro caso, a norma produziu todos os seus efeitos no mundo dos fatos, ou seja, a situação restou pacificada pelo Direito alcançando o status de coisa julgada, ato jurídico perfeito e ou direito adquirido. Este fenômeno não indica que a lei continua a vigorar no sistema mesmo tendo outra sucessora que a revogou, mas sim que seus efeitos ultrapassam o seu marco de vigência: é a ultratividade dos efeitos da norma. Se modificada a perspectiva, partindo do pressuposto de que os efeitos da norma posterior modifique as situações jurídicas anteriores a sua vigência, observa-se a reatratividade dos efeitos da norma jurídica, que poderá se processar desde que não esbarre no art. 5º, XXXVI, da CF/88 e 6º, caput, da Lei de Introdução ao Código Civil¹³.

No segundo momento, o ingresso de norma reguladora de conduta que antes era regida por outro sistema pode causar conflitos ao pretender que os efeitos de N1 se dirijam ao N2, ou vice-versa, a depender do referencial adotado; na terceira situação, o fato jurídico ainda não foi completamente subsumido à hipótese de incidência, portanto não ingressou no ordenamento jurídico.

Em síntese, nos dizeres de Sampaio Doria, interpretadas e adaptadas por Leandro Groff¹⁴, pode-se aplicar as sobrenormas apenas aos: “a) acontecimentos passados e fatos jurídicos constituídos com base nesses eventos; b) efeitos já consumados de fatos jurídicos; c) efeitos presentes e futuros de fatos jurídicos”.

¹² MENDONÇA, Maria Silva Vianna Pessoa de. O Princípio Constitucional da Irretroatividade da lei: a irretroatividade da lei tributária. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

¹³ Segundo Reinaldo Porchat, comentado pelo Mestre Filipe Levada, ao retroagir afetando o direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, a norma sucessora não poderia produzir efeitos pois estaria configurada a “retroatividade injusta”

¹⁴ GROFF, Leandro Moraes, Direito Intertemporal Tributário. São Paulo: 2008. Disponível em: (http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=7503)

2 A COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS COM PRECATÓRIOS JUDICIAIS

Após a certificação do trânsito em julgado da ação judicial onde há a condenação de pessoa jurídica de direito público interno, o juiz originário liquidará sentença e comunicará os valores devidos ao Presidente do Tribunal correspondente para que este encaminhe os valores ao ente devedor para consignação em orçamento. Logo, existem dois principais requisitos: crédito líquido e certo e o trânsito em julgado da ação¹⁵.

A liquidação integral da condenação deverá se processar nos autos do processo originário da requisição de pagamento, bem como suas questões incidentais, como por exemplo juros e correção monetária, passíveis de serem impugnáveis por recursos oriundos do Código de Processo Civil, como o agravo de instrumento.

O precatório judicial, portanto, é a requisição administrativa de pagamento ao **crédito líquido e certo**, oriundo da **ação judicial transitada em julgado** contra pessoa jurídica de direito público interno, expedida pelo Presidente do Tribunal de Justiça correspondente ao chefe do Poder Executivo ou autarquia.

Antes de finalizado o seu trâmite e o processo judicial contra a Fazenda Pública ser recoberto pelo manto da coisa julgada, há apenas a expectativa de direito ao objeto inculcado no mérito da causa. *Mutatis mutantis*, enquanto não adquiridos todos os elementos necessários para a formação da relação jurídica de credor público não há direito adquirido, mas a possibilidade de ser conquistado.

Com a emenda constitucional 62 de 2009, os dispositivos relacionados à compensação de tributos com precatórios judiciais, conforme existia no art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não são mais vigentes em função da retroatividade expressa nas locuções trazidas ao ordenamento jurídico pelo art. 97, §15, do ADCT e tacitamente pela identidade material na regulação do pagamento dos precatórios. O que não impede, entretanto, que os efeitos da EC 30/2000 possam ainda surtir.

¹⁵ Art. 100, §5º da CF/88: “É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, **oriundos de sentenças transitadas em julgado**, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente” (grifo nosso). Tal referencia ao transito em julgado aparece também em diversos outros dispositivos legais relativos ao precatório judicial.

Desta forma, urge por estabelecer qual tipo de relação foi encontrada quando da entrada em vigor da nova legislação:

1. Relações jurídicas consumadas, ou seja, requisições de pagamento expedidas e precatórios judiciais quitados antes da entrada em vigor da EC 62/2009;
2. Relações jurídicas pendentes, em outras palavras, requisições de pagamentos expedidas e precatórios judiciais em curso de parcelamento de 10 anos;
3. Relações jurídicas ainda não concretizadas, ou melhor, precatórios judiciais ainda não expedidos antes da entrada em vigor do art. 98 do ADCT.

Para as relações jurídicas insertas nos itens 1 e 3, a mudança legislativa não opera qualquer efeito: no primeiro, os efeitos já estão consumados e acobertados pelo manto da coisa julgada e do ato jurídico perfeito; já no outro, a expedição da requisição de pagamento foi posterior a nova legislação, portanto deve seguir a sistemática do art. 97 do ADCT.

Apenas os precatórios judiciais ainda em curso de pagamento através do parcelamento de dez anos do art. 78, do ADCT, é que serão afetados. E mais, apenas os precatórios pendentes de pagamento, cujas parcelas decimais não tenham sido quitadas até o último dia do ano, possuem o poder liberatório para pagamento de tributos, logo passíveis de compensação com tributos vencidos e vincendos do ente devedor.

No entanto, para que ainda haja o aproveitamento dos créditos públicos para a quitação de tributos as normas jurídicas disciplinadas pela EC 30/2000 devem ter a eficácia jurídica preservada, em detrimento daquelas trazidas pela EC 62/2009. Devem as normas anteriores (N1) a inovação legislativa (S1) continuarem a produzir efeitos (ultratividade em S2) apesar dos novos fatos jurídicos, cujos antecedentes sejam idênticos, serão disciplinados por (N2).

2.1 Natureza Jurídica do Precatório Judicial

Tendo em vista que a requisição de pagamento expedida pela Presidência do Tribunal de Justiça é disciplinada pelo **Direito Administrativo**, deve ela respeito aos pressupostos de atinentes ao ato administrativo para produzir efeitos. Assim, a partir do momento em que tais prerrogativas forem conquistadas pelo particular, este requererá ao juízo originário que

informe ao Presidente do TJ e este pratique tal ato a fim de preservar seu direito, que passa a atingir o status de adquirido.

De acordo com Antônio Flávio de Oliveira¹⁶:

Portanto, pode-se afirmar que precatório é ato administrativo de comunicação, possuindo, mais especificamente, a característica do ato de comunicação interna, por intermédio do qual o Estado-Poder Judiciário comunica-se com o Estado Poder Executivo, dando-lhe notícia da condenação a fim de que, ao elaborar o orçamento-programa para o próximo exercício, o valor correspondente tenha sido incluído na previsão orçamentária.

O requisitório de pagamento se caracteriza como ato administrativo do Poder Judiciário. Este não possui qualquer conteúdo decisório, apenas comunicacional entre os Poderes, ademais não existe qualquer fase ou ato judicante posterior a fase judicial, conforme se constata com os artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil do ordenamento pátrio.

Desta forma, o ofício requisitório deve conter os requisitos de eficácia do ato administrativo:

- (1) A **competência**: exclusiva do agente do Poder Judiciário personificada no Presidente do Tribunal de Justiça¹⁷ correspondente à comarca de onde emanou a sentença¹⁸;
- (2) A **forma**: do ato de comunicação entre o Poder Judiciário e o chefe de Estado do ente devedor ou Presidente da autarquia correspondente;
- (3) A **finalidade**: fazer como imperiosa a obediência impessoal das decisões proferidas pelo judiciário, pois pautada na estrita legalidade e no devido processo legal;
- (4) O **motivo**: é a satisfação da quantia certa inculpada na sentença condenatória contra a Fazenda Pública;

¹⁶ OLIVEIRA, Antônio Flávio de. *Precatório: Aspectos Administrativos, Constitucionais, Financeiros e Processuais*. 1ª edição, 2ª tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007

¹⁷ Em que pese a disposição constitucional existe na doutrina quem discorde de que a expedição do ofício requisitório seria de competência de qualquer juiz ou desembargador do Tribunal correspondente – o qual não concordamos, conforme Antônio Flávio de Oliveira: “O entendimento de que a competência para a requisição seja sempre do Presidente do Tribunal do Tribunal de Justiça, em se tratando de decisão proferida contra Estado, não merece prosperar. Ocorre que se trata o precatório de requisição que irá informar a confecção do Orçamento-Programa do ente estatal, portanto, se o requisitório emana de órgão do Poder Judiciário não componente da estrutura do Poder Estadual, o que irá modificar será a dotação, que deixará de ser de despesa corrente de custeio, despesa de capital com investimento ou com inversões, para ser consignada como despesa de transferências correntes ou despesas de transferência de capital” (OLIVEIRA, Antônio Flávio de. *Precatório: Aspectos Administrativos, Constitucionais, Financeiros e Processuais*. 1ª edição, 2ª tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007. Página 61)

¹⁸ Esta é uma comunicação entre os dois poderes, portanto apenas o chefe de um poderá se comunicar com o outro, demonstrando o mesmo patamar de hierarquia em que se encontram.

(5) O **objeto**: é o dispositivo decisório do poder judicante que transitou em julgado.

Assim o Superior Tribunal de Justiça, em entendimento sumulado, tornou pacífica a matéria sobre a natureza administrativa do trâmite do precatório judicial:

Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional. (Súmula 311, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/05/2005, DJ 23/05/2005 p. 371).

PROCESSUAL - MANDADO DE SEGURANÇA - PRECATÓRIO - DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DE TRIBUNAL - NATUREZA ADMINISTRATIVA. - As decisões do Presidente de Tribunal disciplinando o pagamento de precatório têm caráter administrativo. A circunstância de estarem expostas a agravo não as desnatura. Por isso, tais decisões assim como os acórdãos que julgarem agravos interpostos contra ela, expõem-se a Mandado de Segurança. (RMS 14940/RJ, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/09/2002, DJ 25/11/2002, p. 186)

Além destes entendimentos, corrobora tal posicionamento a Súmula 733 também do STJ: “Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios”. Se não cabe o Recurso Extraordinário contra decisão nos autos do precatório, claro está que este não é integrante do trâmite judicial.

Consoante os efeitos oriundos do ofício requisitório, este tem a característica de notificação administrativa do Poder Judiciário ao Poder Executivo condenado, para que cumpra a obrigação de pagar insculpida no dispositivo condenatório da decisão transitada em julgada. Assim, deverá o ente devedor incluir no orçamento do exercício financeiro seguinte, o valor correspondente ao montante representado pelos ofícios expedidos até 1º de julho, consoante art. 100, §5º, da Constituição Federal de 1988¹⁹.

¹⁹ Art. 100. § 2º, da CF/88: As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e **autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito.**

3 ULTRATIVIDADE DA EC 30/2000 E O PODER LIBERATÓRIO PARA PAGAMENTO DE TRIBUTOS

Apesar do pouco tempo de vigência da emenda constitucional 62/2009, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre confronto entre os dois marcos regulatórios da sistemática de pagamento dos precatórios judiciais – demonstrando a pertinência da abordagem, em acórdão assim ementado:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PODER LIBERATÓRIO DO PAGAMENTO DE TRIBUTOS. ART. 78, § 2º, DO ADCT. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 62/2009. ART. 97 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA À EDIÇÃO DE ATO NORMATIVO PELO PODER EXECUTIVO. **RECONHECIMENTO DA REVOGAÇÃO TÁCITA DO § 2º ART. 78 DO ADCT (PARÁGRAFOS 2º, 6º E 8º DO nART. 97 DO ADCT), CONFORME A LEGISLAÇÃO EDITADA PELO ENTE FEDERADO.** REGIME ESPECIAL DO PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS VENCIDOS QUE ESTÁ CONDICIONADO A "ATO DO PODER EXECUTIVO". ESTADO DO PARANÁ. DECRETO ESTADUAL N. 6.335, DE 23 DE FEVEREIRO DE 2010. NORMATIZAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE ADQUIRE EFICÁCIA PLENA E REVOGA A ANTERIOR.

1. Nos termos da jurisprudência que vinha sendo construída por esta Primeira Turma, o precatório judicial vencido e não pago em poder do impetrante-recorrente está em conformidade com a hipótese do art. 78, § 2º, do ADCT.

2. Todavia, em 10 de dezembro de 2009, foi publicada a Emenda Constitucional n. 62, que alterou o art. 100 da Constituição Federal e acrescentou o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, instituindo o regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

3. O art. 97 do ADCT dispõe que "até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional".

4. Por força do § 15º do novel art. 97 do ADCT, os precatórios parcelados na forma do art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e ainda pendentes de pagamento ingressarão no regime especial com o valor

atualizado das parcelas não pagas relativas a cada precatório. E, uma vez no regime especial, o ente federado deverá saldar a dívida representada no precatório por meio de depósitos mensais de "1/12 (um doze avos) do valor calculado percentualmente sobre as respectivas receitas correntes líquidas, apuradas no segundo mês anterior ao mês de pagamento", conforme dispõe o § 2º do art. 97 do ADCT.

5. Conjugando as disposições do § 2º do art. 97 com as disposições dos §§ 6º e 8º do mesmo artigo, chega-se à conclusão de que o art. 78, § 2º, do ADCT foi revogado pelas novas disposições constitucionais, uma vez que o novo regime de pagamento de precatórios trazido pela Emenda Constitucional n. 62/2009 vincula os precatórios parcelados na forma do art. 78 do ADCT ao "pagamento conforme a ordem cronológica de apresentação" (§ 6º do art. 97) ou, isolada ou simultaneamente, ao pagamento: (i) por meio de leilão; (ii) à vista; ou (iii) por acordo direto com os credores (§ 8º do art. 97).

6. O poder liberatório do pagamento de tributos, nessa nova disciplina constitucional, não mais decorre da não liquidação das parcelas do precatório vencido, conforme dispunha o § 2º do art. 78 do ADCT; agora, está restrito à hipótese do inciso II do § 10º do art. 97 do ADCT, o qual dispõe: § 10. No caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e os §§ 2º e 6º deste artigo: [...] II - constituir-se-á, alternativamente, por ordem do Presidente do Tribunal requerido, em favor dos credores de precatórios, contra Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, direito líquido e certo, autoaplicável e independentemente de regulamentação, à compensação automática com débitos líquidos lançados por esta contra aqueles, e, havendo saldo em favor do credor, o valor terá automaticamente poder liberatório do pagamento de tributos de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, até onde se compensarem;

7. Assim, considerando que o art. 97 do ADCT regula, por inteiro, a matéria antes disciplinada no art. 78, § 2º, do ADCT, forçoso reconhecer que houve revogação tácita desse último dispositivo constitucional.

(...)

9. Nesse contexto, deve-se reconhecer que a pretensão perseguida no mandado de segurança encontra-se prejudicada pela superveniente alteração das disposições constitucionais que asseguravam o direito da impetrante, bem como pela superveniência de nova legislação tributária estadual. Precedentes: AgRg no RMS 21.658/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 30/04/2008; RMS 17.360/ES, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 14/06/2004; RMS 16.271/GO, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 28/10/2003.

10. Recurso ordinário não provido. (RMS 31.912/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 25/11/2010) (grifo nosso)

O referido acórdão dispõe sobre a possibilidade de **revogação tácita** do dispositivo autorizador da compensação de tributos com precatórios judiciais da emenda constitucional 30/2000, especificamente, o art. 78, §2º do ADCT. Isto, no caso do ente devedor que tenha optado pelo regime especial de pagamento. *Data vênia* o entendimento do insigne jurista

ministro do Superior Tribunal de Justiça, seguido à unanimidade, há contradições neste posicionamento em função da preservação do direito adquirido do credor.

A fim de apurar a solução da questão via Direito Intertemporal, os requisitos de aplicação de suas normas supracitados devem ser analisados.

3.1 Sucessividade de normas

No tocante a sucessividade das normas não há o que contestar: claramente a EC 30/2000 sucede a 62/2009, sobre a temática dos regimes de pagamento de precatórios judiciais²⁰. Porém não podemos dizer o mesmo quanto a identidade material do antecedente da norma hipotética condicional, nos moldes do ora sustentado pelo STJ.

3.2 Identidade Material

De acordo com a ementa do Recurso Especial ora colacionado, os §§2º, 6º e 8º, do art. 97, seriam a razão da revogação tácita do art. 78, §2º, ambos do ADCT. O *caput* do art. 78²¹, dispõe sobre o parcelamento em 10 anos dos precatórios pendentes de pagamento e os que se originarão das ações ajuizadas até 31 de julho de 1999. Já o seu §2º, dispõe sobre a não liberação tempestiva dos recursos, impondo como consequência a prerrogativa de poder liberatório para pagamento de tributos em favor do credor. Assim, identificamos o antecedente da norma a **‘não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios judiciais’**.

Já o art. 97, §§2º²², 6º²³ e 8º²⁴, dispõe sobre as nuances do regime de pagamento dos precatórios judiciais. Logo, não há qualquer identidade material no antecedente da norma

²⁰ A título de informação, no tocante a sucessão das normas regulatórias do pagamento de precatórios judiciais, esta não é a primeira vez: iniciou com a Carta Magna de 1988, art. 33, do ADCT, em seguida houve a promulgação da EC 30/2000 e, por fim, a EC 62/2009.

²¹ Art. 78, do ADCT, da CF/88. “Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 **serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos**, permitida a cessão dos créditos” (grifamos)

²² Art. 97, §2º, do ADCT, da CF/88: “Para saldar os precatórios, vencidos e a vencer, pelo regime especial, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devedores depositarão mensalmente, em conta especial criada para tal fim, 1/12 (um doze avos) do valor calculado percentualmente sobre as respectivas receitas correntes líquidas,

hipotética condicional, pois aquele dispõe sobre a não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios judiciais, estes se destinam a conduzir a forma de pagamento consoante os ditames do Direito Financeiro. Logo, a revogação tácita está no *caput* de ambos artigos.

Inobstante, *data vênia*, o equívoco do relator ao determinar que a revogação tácita se desse através do confronto entre os artigos acima colacionados, no item 6 da ementa se verifica na redação dada ao §10²⁵, do art. 97, como disciplinadora do antecedente da norma que regula o poder liberatório para pagamento de tributos da entidade devedora. Este sim possui identidade com o critério material para fins de aplicação das normas de Direito Intertemporal, no tocante à revogação do artigo 78, §2º ambos do ADCT.

3.3. Exequibilidade

No que se refere à exequibilidade dos artigos dos diplomas legais em conflito, a retroatividade da EC 62/2009 deve preservar os efeitos das normas anteriores em função do disposto no art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna, sobretudo o ato jurídico perfeito, caracterizando, portanto a ultratividade da EC 30/2000.

Tendo em vista que a requisição de pagamento ao ente devedor de crédito público consubstanciado em decisão judicial transitada em julgada tem natureza administrativa, lei nova não poderá retroagir a fim de lesionar tal ato jurídico perfeito. Para o legislador ordinário, no art. 6º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o ato jurídico perfeito “é o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

apuradas no segundo mês anterior ao mês de pagamento, sendo que esse percentual, calculado no momento de opção pelo regime e mantido fixo até o final do prazo a que se refere o §14 deste artigo, será:(...)”

²³ Art. 97, § 6º, do ADCT, da CF/88: “Pelo menos 50% (cinquenta por cento) dos recursos de que tratam os §§ 1º e 2º deste artigo serão utilizados para pagamento de precatórios em ordem cronológica de apresentação, respeitadas as preferências definidas no § 1º, para os requisitórios do mesmo ano e no § 2º do art. 100, para requisitórios de todos os anos”

²⁴ Art. 97, § 8º, do ADCT, da CF/88: “A aplicação dos recursos restantes dependerá de opção a ser exercida por Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, por ato do Poder Executivo, obedecendo à seguinte forma, que poderá ser aplicada isoladamente ou simultaneamente”

²⁵ Art. 97, §10, do ADCT, da CF/88: “No caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e os §§ 2º e 6º deste artigo: (...) II - constituir-se-á, alternativamente, por ordem do Presidente do Tribunal requerido, em favor dos credores de precatórios, contra Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, direito líquido e certo, autoaplicável e independentemente de regulamentação, à compensação automática com débitos líquidos lançados por esta contra aqueles, e, havendo saldo em favor do credor, o valor terá automaticamente poder liberatório do pagamento de tributos de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, até onde se compensarem;”

O mestre Filipe Levada²⁶, sintetizando outros insignes juristas, ressalta que o ato jurídico perfeito não visa apenas conferir a aquisição de direito decorrente de causas, mas também aqueles atos que já perfeccionaram todos os seus efeitos e estes devem ser abrangidos pelo direito adquirido:

A proteção conferida ao ato jurídico perfeito tem não só a finalidade de proteger uma das causas geradoras do direito adquirido, mas também os atos completamente exauridos. Ensina J.M. de Carvalho Santos que “a lei quer significar com isso que, não somente o direito adquirido, ainda não consumado, fica a salvo de qualquer retroatividade da parte da lei nova, mas que, com muito mais razão, também ficará a salvo o ato jurídico perfeito, correspondente ao direito já consumado”. No mesmo sentido é a lição de José Afonso da Silva, para quem “se o simples direito adquirido (**isto é, direito que já integrou o patrimônio mas não foi ainda exercido**) é protegido contra a interferência da lei nova, mais ainda o é o direito adquirido já consumado” (grifo nosso)

A sobrenorma aplicada a esta situação se resolve pela máxima *tempus regit actum*. A mensagem dêontica desta norma de direito intertemporal é que o direito deverá ser realizado consoante as normas do sistema do qual se originou, portanto compreendidos os seus corolários consequentes. De acordo com o J.M. Carvalho Santos²⁷, os efeitos “devem ser por êle abrangidos, devem ser havidos como nêle compreendidos, já existentes em consequência do ato, escapando assim à fôrça obrigatória da lei nova, que para tais efeitos deve ser completamente estranha”

Caso o requisitório administrativo seja expedido antes (S1) da vigência do diploma posterior (S2), deve ele ser regulado pelos comandos das normas anteriores (N1). O direito que se adquiriu quando proferido o ato jurídico de requisição de pagamento, corolário será a inclusão do credor na ordem cronológica de pagamento, é a regulação do seu pagamento em 10 parcelas, sucessivas, anuais e iguais, bem como o poder liberatório destas partes em função do seu inadimplemento, de acordo com o que prescreve o art. 78 e parágrafos, do ADCT.

Em outras palavras, o momento em que se adquire o direito é no ato administrativo de expedição da requisição de pagamento pelo Presidente do Tribunal correspondente. Assim, o

²⁶ LEVADA, Filipe Antônio Marchi. O direito intertemporal e os limites da proteção do direito adquirido. São Paulo: 2009. Disponível em: (http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-19112009-133339/publico/Filipe_Antonio_Marchi_Levada_Publico.pdf)

²⁷ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*: introdução e parte geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. v. 1, p. 46-47

art. 97, do ADCT se torna inexecuível diante da preservação do direito pelo art. 5º, XXXVI, da CF/88.

3.4. Confronto de Condutas no Consequente da Norma Hipotética-Condicional

Por fim, o confronto dos consequentes das hipóteses de incidência aparenta ser idêntico, mas não é. Para se ter a correta interpretação a ser designada ao dispositivo do art. 97, §10º será necessária a análise da mensagem deontológica dos seus signos, pois pelo confronto direto entre este e o art. 72, §2º evidencia-se a diferença pela quantidade de palavras passíveis de interpretação.

Cumpra observar que o novel instituto inovou no ordenamento jurídico, pois acresceu a “compensação automática” que merece críticas em virtude da imposição da conduta que interfere no patrimônio do credor.

Algumas palavras e locuções precisam ser objeto de cotejo e que determinam o alcance da compensação de tributos com precatórios judiciais, são elas: 1) alternativamente; 2) ordem; 3) autoaplicável; 4) compensação; 5) automática.

O signo “alternativamente” pressupõe uma segunda opção na falta da ocorrência da principal conduta. Em outras palavras, o inciso I, que se refere ao sequestro de verbas necessárias à quitação das parcelas vencidas, deve ser priorizado em relação ao inciso II, pois o pagamento dos créditos em pecúnia deve prevalecer em relação à compensação. Assim, a opção do sequestro seria preferencial em relação ao pagamento indireto via compensação com tributos.

“Ordem” indica a necessidade de intervenção do Presidente do Tribunal de Justiça competente para que se possa gozar do benefício do poder liberatório. Em virtude do pacto federativo nacional, traduzido em lei pelo art. 2º, da CF/88, os Poderes da União são “independentes e harmônicos entre si”, portanto não cabe ao Poder Judiciário intervir diretamente no orçamento e destinação do erário do Executivo ou Legislativo, por exemplo. O Judiciário deve apenas informar o débito ao Poder correspondente e assegurar que este seja adimplido, consoante os ditames da legislação e provocação do credor, mas não “autorizar” ou “constituir” o direito a compensação de tributos com precatórios como pretende o dispositivo.

A “auto-aplicabilidade” dos dispositivos foi exaustivamente debatida no âmbito da vigência da EC 30/2000. Uma das defesas dos devedores se circunscrevia na necessidade de norma regulamentadora do instituto do poder liberatório para pagamento de tributos, ou seja, que a norma constitucional seria de eficácia contida.

Como se percebe, o constituinte derivado buscou solucionar tal celeuma, porém se contradisse ao impor a necessidade de ordem do Presidente do Tribunal de Justiça para que se concretize a alternativa ao inadimplemento da obrigação pelo devedor, de acordo com o art. 97, §10º, II, do ADCT: como a norma pode ser autoaplicável, mas depender de decisão ou ordem desta autoridade?

Ademais, além de incongruente, a redação do dispositivo é redundante, uma vez que a auto-aplicabilidade do instituto já dispensa qualquer norma reguladora, conforme dispõe o trecho “independentemente de regulamentação”, logo de flagrante atecnia.

A compensação, de acordo com o Código Civil de 2002, art. 368, presume que se houver confusão entre créditos e débitos recíprocos entre duas partes, estes deverão se anular até onde se compensarem. No Código Tributário Nacional, art. 156, II, coloca a compensação de tributos com créditos advindos de operações de origem tributária/fiscal como instituto capaz de extinguir o débito tributário. O art. 170 autoriza a Fazenda interessada a adaptar a utilização do encontro de contas a sua realidade²⁸. Desta forma, inúmeros estados aprovaram decretos e leis que viabilizaram as compensações de precatórios judiciais com débitos tributários, como, por exemplo, Goiás, Rio de Janeiro e Paraná²⁹.

O signo “automática” está qualificando o vocábulo compensação. O vocábulo indica algo que permanece em constante atividade, sem interferência. Logo, o procedimento compensatório prescindiria de qualquer manifestação volitiva dos interessados operando-se

²⁸ Para mais informações vide o artigo científico sobre a auto-aplicabilidade do art. 72, do ADCT e a compensação de tributos acesse: (<http://www.conjur.com.br/2009-jul-02/utlizacao-precatorios-judiciais-planejamento-tributario>) ou (<http://www.tributario.net/Content.aspx?Code=19732>)

²⁹ PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PRECEITO CONSTITUCIONAL. OFENSA. COMPETÊNCIA DO STF. COMPENSAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA. INVIABILIDADE. 1. É inviável o exame no âmbito do recurso especial de suposta contrariedade a preceito de índole constitucional - art. 78 do ADCT -, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 2. "As Turmas que compõem a Seção de Direito Público já firmaram o entendimento de que para haver a compensação almejada deve haver lei do Ente Federativo autorizando a compensação. Não há, portanto, auto-aplicabilidade do art. 170 do CTN, mas existência de norma geral nacional para uniformizar o procedimento de compensação" (REsp 989.098/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 07.10.08). 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1081559/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 17/02/2009)

por força de lei: o que na prática inviabiliza ou ao menos retarda o recebimento em pecúnia do crédito.

O procedimento compensatório civil, geralmente, se concretiza por meio de uma resposta à cobrança de determinada obrigação, tramitando conforme um processo de rito ordinário, porém julgada em conjunto com a ação principal, consoante os art. 315 a 318, do CPC, reguladores do instituto da reconvenção. Logo, imprescindível a resposta de ambas as partes em processo judicial para se determinar a liquidez e certo de ambos os créditos e débitos, o que não acontece no presente caso em virtude de sua automatização. A suposta compensação autorizada pela CF/88, no art. 97, inova no ordenamento jurídico e não pode ser tratada como o encontro de contas regido pelo diploma processual, mas sim como verdadeira conduta arbitrária, confiscatória e de cerceamento de defesa.

Somente após a compensação automática, e se restar créditos em favor do credor, é que o precatório judicial inadimplido ou cujos recursos não foram liberados terá poder liberatório para pagamento de tributos.

Subentende a redação do art. 97, §10º, inciso II, do ADCT, que o poder liberatório para pagamento de tributos, conforme concebido pelo art. 72, §2º, sofreu sérias restrições: (1) necessidade de ordem do Presidente do Tribunal de Justiça e (2) a compensação imposta.

No procedimento para compensação de precatórios judiciais com tributos com as parcelas vencidas e não pagas do parcelamento na sistemática da EC 30/2000, em virtude da auto-aplicabilidade do instituto, não havia qualquer manifestação do Presidente do Tribunal, ou melhor, o pedido se quer passava por seu crivo.

Na atual sistemática, antes da suposta auto-aplicabilidade do instituto, deve haver a ordem do Presidente do Tribunal, a compensação automática e se restar créditos e débitos em favor do credor, estes sim terão o poder liberatório para pagamentos de tributos até onde se compensarem. Acresce, portanto, dois outros momentos no organograma do procedimento.

3.5. O Subcredor

Dentre os novos eventos do organograma, um deles merece maior apreço: a compensação automática. Em que pese os comentários já tecidos em relação a este procedimento, esta é a ferramenta útil no objeto deste estudo tendo em vista a **figura do**

subcredor: é o credor derivado de cessão do precatório judicial. De acordo com o art. 100, §13³⁰, da CF/88, permanece o direito do credor em ceder o seu direito de crédito contra o ente público de direito interno devedor.

A evolução da cessão de precatórios pode ser visualizada nas diversas Constituições e legislação infraconstitucional em que esteve presente. Seguiu no sentido de que o precatório judicial é uno e indivisível, inobstante a permissão constitucional para cessão a terceiros. Logo, o mesmo não será fracionado, conforme a determinação do art. 100, §13, da Carta Magna, mas o terceiro adquirente terá os mesmos direitos creditórios como se originários fosse, logo serão subcredores.

Para a compensação de tributos com créditos públicos tal diferença pode representar significativa modificação do instituto. Conforme já assentado, o terceiro adquirente não se sub-roga nos direitos creditórios, mas sim se torna um subcredor.

Analogicamente, o art. 97, §11, da Carta Magna, autoriza o desmembramento do crédito público pelo juízo originário, com a ressalva de que mesmo que o valor desmembrado seja passível de se adotar o rito das requisições de pequeno valor, isso não poderá acontecer. Ou seja, o crédito continua *uno*, consubstanciado na decisão judicial transitada em julgado beneficiando ou condenando apenas as partes do processo. *In verbis*:

Art. 97, § 11. No caso de precatórios relativos a diversos credores, em litisconsórcio, admite-se o desmembramento do valor, realizado pelo Tribunal de origem do precatório, por credor, e, por este, a habilitação do valor total a que tem direito, não se aplicando, neste caso, a regra do § 3º do art. 100 da Constituição Federal

Sendo inadimplida a parcela referente ao parcelamento da EC 62/2009, surge o direito ao pagamento indireto via compensação automática com tributos vencidos e o poder liberatório para pagamento de tributos para os vincendos do ente devedor. Na aplicação do dispositivo do art. 97, §10, inciso II, do ADCT, haverá, primeiramente, a apuração dos valores referentes as dívidas já constituídas do credor em relação ao devedor para que se proceda a “compensação automática”.

No caso em que se verifica a cessão dos precatórios judiciais, o direito creditório consubstanciado no crédito em favor credor nominal incorporará o originário, se não tiver cedido a sua totalidade, e os derivados ou cessionários. Assim, deverá se apurar os débitos

³⁰ Art. 100, § 13, CF/88: “O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º”

vencidos do credor e dos subcredores. *Mutatis mutandis*, o crédito público terá o concurso de credores, apesar de apenas o originário figurar nominalmente na capa dos autos do processo administrativo de pagamento da dívida pública interna e na ordem cronológica de pagamento do art. 100, *caput*, da CF/88.

CONCLUSÃO

A “ginástica intelectual” para se entender a teleologia deôntica dos institutos e as expressões trazidas pela nova legislação, traz inúmeras imperfeições ao ordenamento jurídico passíveis de serem contestadas perante o Poder Judiciário. A intenção do legislador constituinte derivado em postergar mais uma vez a totalidade da dívida pública interna pelos próximos 15 anos, não deve prosperar para os precatórios anteriores a sua vigência, em função do grave atentado à Carta Magna.

A compensação de tributos com precatórios judiciais prevalece no ordenamento jurídico e são regrados pelas duas sistemáticas: EC 30/2000 e 62/2009. Naquela em função da preservação do direito do credor com base no art. 5º, XXXVI, da CF/88 e a ultratividade dos efeitos de seus dispositivos; e nesta para os precatórios que tiveram a requisição de pagamento expedida já em sua vigência.

O parâmetro para a exequibilidade nas normas de cada sistema de pagamento da dívida pública interna está no ato administrativo de requisição de pagamento de crédito público. O credor possui o direito adquirido de ser pago de acordo com a sistemática vigente na data em que o ato requisitório administrativo - consubstanciado na expedição da requisição de pagamento - foi expedido, em virtude do status de coisa julgada, consectário é o direito adquirido, alcançado pelo processo em que se originou o crédito em desfavor da pessoa jurídica de direito público interna.

Com a modificação do organograma do procedimento compensatório de tributos, a eficácia plena, integral e imediata dos dispositivos autorizadores do poder liberatório para pagamento de tributos foi desvirtuada pela impropriedade da redação do art. 97, §10, II, do ADCT. Expressamente consta na nova legislação a necessidade da comunicação do Presidente do Tribunal, em detrimento da presença do vernáculo “auto-aplicabilidade” e da inexistência da participação desta autoridade na sistemática anterior.

Em que pese a flagrante tentativa de proferir outro “calote público” aos credores das pessoas jurídicas de direito público interno, a compensação e o poder liberatório para pagamento de tributos também figura no ordenamento jurídico a partir da EC 62/2009. Em flagrante atecnia, o legislador restringiu o amplo direito do art. 78, §2º do ADCT,

acrescentando a necessidade de ordem do Presidente do Tribunal de Justiça correspondente e a compensação automática, para assim os credores obterem o poder liberatório para pagamento de tributos.

Apesar da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já trilhar o caminho da constitucionalidade da retroatividade da EC 62/2009, a decisão final caberá ao Supremo Tribunal Federal onde esta deve prevalecer apenas para os precatórios judiciais expedidos a partir de sua vigência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gilberto Luiz do. A NOVA ÓTICA DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO EMPRESARIAL. Tributario.net, São Paulo, a. 5, 22/2/2002. Disponível em: <http://www.tributario.net/artigos/artigos_ler.asp?id=14804>.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999

BRANDO, Flávio. O Brasil está a beira do calote público. Consultor Jurídico. ISSN 1809-2829. 04/05/2009. Disponível em www.conjur.com.br.

CATHARINO, José Martins. Do Precatório. São Paulo: LTr, 2000.

CAMPOS, Cândido H. Prática de Planejamento Tributário. São Paulo: Editora Quartier Latin. 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almeida, 2002. 6ª Edição.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 21ª. ed. São Paulo: SARAIVA, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário Linguagem e Método. São Paulo: Noeses, 2008.

CHAVES, Iran José de. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO: DIREITO OU OBRIGAÇÃO?. Tributario.net, São Paulo, a. 5, 21/11/2008. Disponível em: http://www.tributario.net/artigos/artigos_ler.asp?id=33981.

FRANCO, Adonilson. O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. Tributario.net, São Paulo, a. 5, 12/8/2004. Disponível em: http://www.tributario.net/artigos/artigos_ler.asp?id=32202.

GROFF, Leandro Morais, Direito Intertemporal Tributário. São Paulo: 2008. Disponível em: (http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=7503)

GUTIERREZ, Miguel Delgado, Planejamento Tributário – Elisão e Evasão Fiscal. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HARADA, Kiyoshi. Precatório. Análise das inovações previstas na PEC nº 12/2006. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1038, 5 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8352>>. Acesso em: 02 maio 2009.

HARADA, Kiyoshi. Precatório Judicial. Tributario.net, São Paulo, a. 5, 9/8/2007. Disponível em: <http://www.tributario.net/artigos/artigos_ler.asp?id=33455>. Acesso em: 23/2/2008.

IVO, Gabriel. A produção Abstrata de Enunciados Prescritivos. *In*: Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem à Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, 1ª Edição

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. O direito intertemporal e os limites da proteção do direito adquirido. São Paulo: 2009. Disponível em:

(http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-19112009-133339/publico/Filipe_Antonio_Marchi_Levada_Publico.pdf)

MALDONADO, Marílio. Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos: Desenvolvimento no Estado Brasileiro. Assembléia Legislativa de São Paulo. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep_poderes.pdf>. Acesso em: 05/03/2009.

MENDONÇA, Maria Silva Vianna Pessoa de. O Princípio Constitucional da Irretroatividade da lei: a irretroatividade da lei tributária. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do Espírito das Leis. São Paulo : Saraiva, 2000.

NETO, Manoel Jorge e Silva. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NEIVA, Gerivaldo Alves. Os fatores reais do poder e força normativa da Constituição. Articulações entre Konrad Hesse, Ferdinand Lassalle e Gramsci. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1889, 2 set. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11664>>. Acesso em: 28 abr. 2009.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Perspectiva ético-jurídica do planejamento tributário. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 419, 30 ago. 2004. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5641](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5641).

OLIVEIRA, Antônio Flávio de. Precatório: Aspectos Administrativos, Constitucionais, Financeiros e Processuais. 1ª edição, 2ª tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007

OLIVEIRA, Fábio Oliveira. Constitucionalizando o Calote. O Estado de São Paulo, São Paulo. 04 de maio de 2009.

OLIVEIRA, Leonardo Augusto de. VERDADES SOBRE O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO NO BRASIL. Tributario.net, São Paulo, a. 5, 27/6/2002. Disponível em: http://www.tributario.net/artigos/artigos_ler.asp?id=18440.

OLIVEIRA, Renan Coelho de. Exame e distinções conceituais de figuras correlatas ao planejamento tributário. Jus Nvaigand, Teresina, ano 9, n. 595, 23 fev. 2005. Disponível em: <HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6274>.

PESCE, Ricardo Amaral. Planejamento tributário. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 553, 11 jan. 2005. Disponível em: <HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6016>

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: introdução e parte geral*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. v. 1

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6ª edição. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros. 2004.

SILVA, Luís Carlos Gomes da. DA IMANÊNCIA À TRANSCEDÊNCIA DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. Tributario.net, São Paulo, a. 5, 29/10/2008. Disponível em: http://www.tributario.net/artigos/artigos_ler.asp?id=33955.

SILVA, Plácido e. Vocabulário Jurídico. Volume III. J – P. 1ª edição. São Paulo: Editora Forense. 1963.

VAZ, José Otávio Vianna. O Pagamento De Tributos Por Meio De Precatório. Belo Horizonte: Editora Del Rey 2007.

VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 4ª Edição.

ZAVASCKI, Teori Albino. Parcelamento de precatórios judiciais (art. 78 do ADCT): abuso do poder constituinte derivado?. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1552, 1 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10472>>. Acesso em: 28 abr. 2009.