

A COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA E O REGIME CONSTITUCIONAL DE PRECATÓRIOS INSTITUÍDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009

The Tax Offset and the Court-ordered payments regime under the constitutional framework imposed by the 62º Amendment

Cláudia Bocardi Allegretti¹

SUMÁRIO

1. O instituto da compensação. 1.1. A compensação no Direito Civil. 1.2 A compensação em matéria tributária. 2. Regime constitucional dos precatórios. 3. Disciplina atual. Constituição de 1988. 4. A Emenda Constitucional nº 62/09. 4.1. O Art. 100, da CF, com a nova redação dada pela EC nº 62/09. 4.2. O artigo 97 do ADCT, criado pela EC nº 62/09. 5. A compensação de crédito tributário com débito consubstanciado em precatório na Emenda Constitucional nº 62/09. 6. Síntese conclusiva. 7. Referências.

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar, discutir e, ao final, concluir pela impossibilidade de se proceder à compensação de débitos tributários com créditos decorrentes de precatórios em face do novo regime instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, editada em 11 de novembro de 2009, à míngua da lei do ente federativo competente, prevista no artigo 170, do Código Tributário Nacional.

ABSTRACT

The objective of this paper is analyze the applicability of the new constitutional framework imposed by the 62º Amendment, precluding the use of Court-ordered payments to solve tax debits, previously predict on Rule 170 – Brazilian National Tax Code.

Palavras-chaves: Compensação. Precatórios. Emenda Constitucional nº 62/09. Necessidade de lei. Art. 170, CTN.

Keyword: tax offset – Court-ordered payments – 62.º Constitutional Amendment – Mandatory law – Rule 170, Brazilian National Tax Code.

1. O INSTITUTO DA COMPENSAÇÃO

1.1. A compensação no Direito Civil

Nos moldes do artigo 368, do Código Civil Brasileiro, “*se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem*”.

Trata-se de meio especial de extinção de obrigações até onde se equivalerem. É uma variação de pagamento. É forma de pagamento indireto entre pessoas que são,

¹ Procuradora do Estado de São Paulo; Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP; Especialista em Direito Tributário pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

ao mesmo tempo, devedoras e credoras uma da outra.² Resolver-se-á a obrigação até a concorrência dos valores das prestações devidas.

São três as espécies de compensação admitidas em nosso Direito, a saber:

- a) compensação legal: é a adotada pelo Código Civil Brasileiro. Ela atua por força de lei, vale dizer, seus efeitos operam de pleno direito, independentemente de convenção entre as partes, agindo mesmo que uma delas se oponha. Assim, no momento em que se constituírem créditos recíprocos entre duas pessoas a compensação realiza-se automaticamente;
- b) compensação convencional: ou compensação voluntária, resulta de acordo de vontade entre as partes. Tem a peculiaridade de poderem as mesmas transigir quando a ausência de algum dos pressupostos da compensação legal impedir a extinção dos débitos por essa via; e
- c) compensação judicial: determinada por ato decisório do juiz. Depende de alegação das partes e se for alegada pelo réu, tem natureza reconvenicional.

Entre elas, a mais importante e a adotada pelo Código Civil pátrio é a compensação legal.

De conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se subordinada a determinados pressupostos de admissibilidade, tais a reciprocidade das obrigações; a liquidez das dívidas; a exigibilidade atual das prestações e a fungibilidade dos débitos.

Por reciprocidade das obrigações entende-se que somente se pode falar em compensação quando há obrigações e créditos recíprocos entre as mesmas partes.

Diz-se líquida a dívida quando a obrigação for certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu montante. Segundo Silvio Rodrigues, “*seria inconcebível ocorrer compensação de pleno direito, automaticamente, sem que houvesse a certeza quanto ao montante de uma das dívidas*”.³

Relativamente à exigibilidade atual das prestações, não pode ser compensado um débito vencido com outro a vencer. De fato, se o devedor ainda dispõe de prazo para efetuar pagamento de sua dívida, não pode ser compelido, antecipadamente, à compensação.

Por fim, na compensação legal, exige-se que as dívidas sejam de coisas fungíveis entre si, isto é, da mesma natureza. Dinheiro compensa-se com dinheiro, por exemplo. A lei não admite que se compense dinheiro com outro objeto, pois ninguém é obrigado a receber prestação diversa do pactuado.⁴

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 2º vol., 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 311. No mesmo sentido, RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*, 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p.209.

³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*, 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p.217.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Obrigações*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 195.

Hipóteses há em que é inadmissível a compensação para a extinção das obrigações. Tal pode ocorrer quer por imposição legal, tal qual previsto no artigo 373, do Código Civil, quer pela vontade das partes, nos termos do artigo 375, do mesmo estatuto.⁵

1.2 A compensação em matéria tributária

Em matéria fiscal, a compensação possui características distintas da prevista no Código Civil.

Está regulada no artigo 156, inciso II, do Código Tributário Nacional, como modalidade de extinção da obrigação tributária. Exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor do erário.

À vista da indisponibilidade dos recursos públicos, e sendo o tributo *ex lege*, o Estado só pode realizar a compensação legal. Enquanto os particulares têm livre disposição de seus bens e direitos, tal não ocorre com o Estado, adstrito que está ao princípio da estrita legalidade, só podendo agir nos estreitos limites que lhe permite a moldura legal.

O Código Tributário Nacional, que veicula normas gerais de Direito Tributário, e busca fundamento de validade no artigo 146, III, da Constituição Federal, estabelece, em seu artigo 170 que, para a realização da compensação, há necessidade de autorização por lei específica dos entes públicos dotados de competência tributária.⁶

Luciano Amaro, discorrendo sobre o instituto da compensação tributária, é preciso:

no direito tributário, não obstante sua inegável utilidade, tem aplicação restrita aos casos em que a lei expressamente a preveja, nos termos do Art. 170 do Código Tributário Nacional.(...)A compensação, quando couber, é modo alternativo de satisfação do débito tributário. O sujeito passivo da obrigação tributária tem, pois, a faculdade legal de extingui-la por compensação, nos termos do que for previsto pela lei. Por outro lado, embora o Código diga que a lei pode atribuir à autoridade administrativa competência para autorizar a compensação, é claro que o legislador pode também, na própria lei, já permitir a compensação, independentemente de qualquer ato da autoridade

⁵ Estabelecem citados preceitos do Código Civil: “Art. 373. A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto: I - se provier de esbulho, furto ou roubo; II - se uma se originar de comodato, depósito ou alimentos; III - se uma for de coisa não suscetível de penhora. Art. 375. Não haverá compensação quando as partes, por mútuo acordo, a excluírem, ou no caso de renúncia prévia de uma delas”

⁶ Dispõe efetivamente citado dispositivo: “Art. 170 – A lei pode nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública. Parágrafo único – Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.”

*administrativa. Mas não pode, quando conferir à autoridade competência para ‘autorizar’ a compensação, outorgar-lhe poderes discricionários. Ensina Pontes de Miranda que, na compensação, não existe arbitrium; por isso, onde couber a compensação, sua alegação produz efeitos ipso jure.*⁷

A compensação tributária assemelha-se à prevista no Código Civil. Mas, no Direito Tributário tem a particularidade de ser aplicada também em relação a créditos vincendos.

Logo, em matéria tributária, a compensação, por se submeter ao regime jurídico de direito público tem matizes diferentes daquela operada no tocante às obrigações privadas, submetidas ao regime jurídico de direito privado. Daí, seu caráter peculiar no campo do Direito Tributário.

Tais observações são importantes, na medida em que parte significativa da doutrina sustenta, a nosso ver, em franca violação aos princípios da indisponibilidade dos recursos públicos e da estrita legalidade, já mencionados, que o instituto da compensação de tributos foi contemplado na Constituição Federal, conferindo, implicitamente, ao sujeito passivo da relação jurídico-tributária o direito subjetivo de realizá-la com precatórios não pagos pelo Estado, sendo desnecessária a lei autorizadora prevista no artigo 170, do CTN.

É, entre outros, o pensamento de Leandro Paulsen, para quem:

não há nenhuma cláusula geral de compensação no texto constitucional. Via de regra – e por força da norma geral de Direito Tributário (art. 170 do CTN) –, a compensação depende de lei autorizadora. Pode-se extrair diretamente do Texto Constitucional, isto sim, a submissão do Estado à jurisdição e sua obrigação de efetivamente cumprir as condenações, restituindo valores indevidamente recebidos, o que se faz pelo sistema de precatório. Assim, na hipótese em que a restituição de indébito tributário não é efetiva, em face do não-pagamento de precatórios (como ocorre com vários Estados e Municípios), abre-se a possibilidade para que seja buscado diretamente no Texto Constitucional o fundamento para a compensação, de modo a impedir que haja uma ruptura dos pilares do Estado de Direito. Os fundamentos serão, justamente, o acesso à jurisdição e o princípio do Estado de Direito. Efetivamente, não efetuado o pagamento, tem o Judiciário de encontrar outro modo de dar cumprimento às suas decisões, satisfazendo o credor. A garantia de acesso à jurisdição tem de ser efetiva, mesmo contra o Estado.⁸

⁷ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro, 15ª ed.*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 388/389.

⁸ *in* Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência, 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2009, p. 1149.

Hugo de Brito Machado é adepto dessa corrente de pensamento. Segundo o jurista:

o direito do contribuinte à compensação tem inegável fundamento na Constituição. Isto quer dizer que nenhuma norma inferior pode, validamente, negar esse direito, seja diretamente, seja por via oblíqua, tornando impraticável o seu exercício. Assim, a questão de saber se o direito à compensação tem, ou não, fundamento constitucional, é em outras palavras a questão de saber se valem as normas jurídicas inferiores que de algum modo inviabilizam a compensação.

O direito de compensar é decorrência natural da garantia dos direitos de crédito, que consubstanciam parcelas do direito de propriedade, combinada com outros preceitos constitucionais. Seria absurdo pretender que alguém, sendo credor e, também, devedor da mesma pessoa, pudesse exigir daquela o pagamento de seu crédito, sem que estivesse também obrigado a pagar o seu débito. A compensação é, na verdade, um efeito inexorável das obrigações jurídicas, e desse contexto não se pode excluir a Fazenda Pública.⁹

Todavia, em sentido contrário rivaliza Eudimar Alves Ferreira:

(...)para que o contribuinte possa pretender a compensação do crédito tributário de que é devedor, não basta que possua um crédito contra a Fazenda Pública. É necessário também que exista uma lei que acolha a hipótese pretendida. Mais ainda, deve o mesmo observar todas as exigências previstas nessa mesma lei, sob pena de, a bem do princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, não ser possível o encontro de contas. (...)

Não pode prosperar o argumento de que existem princípios constitucionais impositores, de per si, da compensação tributária, conferindo ao contribuinte um verdadeiro direito individual haurido diretamente da Constituição. A partir dele poder-se-ia declarar a desnecessidade do legislador infraconstitucional, não somente para a indispensável autorização, como para fixar as condições e garantias da operação, o que, certamente, prejudicaria a segurança jurídica e a indispensável proteção ao interesse público.¹⁰

É ainda o entendimento esposado por Diva Malerbi:

⁹ in *Curso de Direito Tributário*, 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 224.

¹⁰ in *Um Estudo sobre a Compensação Tributária. Direito Tributário e Financeiro Aplicado* (coord. Fernando Facury Scaff), São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 234/235.

(...)como norma geral, a Lei nº 5.172/66 não cria por si direito subjetivo à compensação tributária. Este é o fruto exclusivo da lei, da pessoa política competente, que conterà a previsão das condições e garantias sob as quais as dívidas recíprocas serão compensadas. São, assim, requisitos da compensação tributária: a) a existência de crédito do Fisco; b) a existência de débito do Fisco; c) ato, quer do Fisco, quer do particular, que realize esse encontro de relações jurídicas; e d) lei, da pessoa política competente, que autorize.¹¹

Antes de tecermos comentários a respeito desta celeuma, analisemos o sistema dos precatórios, bem como as normas constitucionais a ele aplicáveis.

2. REGIME CONSTITUCIONAL DOS PRECATÓRIOS

Ensina Fernando Facury Scaff que precatório é “*uma ordem de pagar quantia certa decorrente de decisão judicial transitada em julgado contra a Fazenda Pública.*”¹²

Segundo De Plácido e Silva:

é a carta de sentença remetida pelo juiz da causa ao Presidente do Tribunal para que este requirite ao Poder Público, mediante previsão na lei orçamentária anual, o pagamento de quantia certa para satisfazer obrigação decorrente de condenação das pessoas políticas, suas autarquias e fundações.¹³

Ainda, nas palavras de Antonio Flávio de Oliveira:

(...)é ato administrativo de comunicação, possuindo, mais especificamente, a característica de ato de comunicação interna, por intermédio do qual o Estado-Poder Judiciário comunica-se com Estado-Poder Executivo, dando-lhe notícia da condenação a fim de que, ao elaborar orçamento--programa para o próximo exercício, o valor correspondente tenha sido incluído na previsão orçamentária.¹⁴

¹¹ in *A cláusula pétrea da legalidade tributária e o instituto da compensação*, Revista de Direito Tributário nº 67, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 280.

¹² SCAFF, Fernando Facury. *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário* – 13º volume. Valdir de Oliveira Rocha (coord.). São Paulo: Dialética, 2009, p. 102.

¹³ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, 28ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1070.

¹⁴ OLIVEIRA, Antonio Flávio de. *Precatórios: Aspectos Administrativos, Constitucionais, Financeiros e Processuais*, 1ª ed., Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 46

Trata-se de ato administrativo praticado no âmbito do Poder Judiciário, posto não haver carga decisória. Tal natureza foi, inclusive, definitivamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, consoante Súmula 311: “os atos do presidente do tribunal que disponham sobre o processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional”.

É criação exclusivamente brasileira, sem similar em nenhuma outra parte do mundo.¹⁵ No direito comparado, a matéria não é objeto de disciplina em nível constitucional e não merece tratamento diferenciado daquele reservado para o pagamento das dívidas dos particulares.¹⁶

Originariamente, tal instituto, diante da impenhorabilidade e inalienabilidade dos bens públicos, visava a instrumentalizar a cobrança de débitos do Poder Público, resguardando os direitos de seus credores e assegurando igualdade entre eles ao estabelecer a observância de uma ordem cronológica na sua quitação.

De acordo com os escólios de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins:

(...)é de notar-se que se os bens públicos fossem penhoráveis, como são os bens dos particulares, não haveria necessidade de precatório. Este só foi criado em virtude da impenhorabilidade desses bens. A propósito, o precatório tem sua origem no direito processual civil, mais precisamente na prática forense. Ao que parece, sua forma mais rudimentar nasceu da imaginação de um juiz diante de um problema surgido na execução da sentença contra uma Câmara Municipal, em que um particular pleiteava o pagamento de certa quantia. A impenhorabilidade dos bens públicos não poderia isentar a Fazenda Pública de pagar o seu débito. O engenhoso magistrado resolveu a questão expedindo precatória de vênias, com o que determinou a penhora do próprio dinheiro da tesouraria da Câmara. Surgia, assim, a forma primitiva de requisição que seria mais tarde encampada pelo precatório.¹⁷

O precatório, assim, deita suas origens na prática forense, na área processual civil. O Direito Processual Civil veio legalizá-lo através do Decreto nº 3.084 de 5.11.1898, art. 41, parte quinta, representando, nas palavras de Wladimir Souza Carvalho, solução à luta de vários séculos visando a derrubar a irresponsabilidade do Estado, para compeli-lo a pagar seus débitos, sem que isso viesse a diminuir a soberania estatal, mas apenas submeter o Estado às regras da ordem jurídica.¹⁸

¹⁵ Cf. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução Contra a Fazenda Pública: Regime de Precatório*, 2ª ed., São Paulo: Método, 2010, p. 86.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, *Estado Democrático de Direito e Responsabilidade Civil do Estado: a questão dos precatórios*. Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 5, nº 19, jul. 2007

¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, 4º vol, tomo III, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 116.

¹⁸ CARVALHO, Wladimir Souza. *Iniciação ao estudo do precatório*, Separata da Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, Brasília, ano 19, n. 76, out-dez. 1982, p. 331/332.

Da legislação processual só foi assumir foros constitucionais com a promulgação da Constituição Federal de 1934, art. 182.

Wladimir de Souza Carvalho reproduz as razões citadas por Castro Nunes, pelas quais tal matéria foi inserida no plano constitucional:

(...) É uma medida moralizadora, disse eu referindo-me ao anteprojeto do Itamaraty, de onde passou a Constituição de 1934, visando, com base em antecedentes conhecidos, coibir a advocacia administrativa que se desenvolvia no antigo Congresso para obtenção de créditos destinados ao cumprimento de sentenças judiciárias. Não raro, deputados levaram o seu desembaraço ao ponto de obstruírem o crédito solicitado, entrando no exame das sentenças, prática viciosa de que dá notícia o Sr. CARLOS MAXIMILIANO no seguinte comentário: 'Este (o Congresso), provocado por proposta de um dos seus membros ou por mensagem do Executivo a votar verba para o cumprimento de sentença, examinava os fundamentos desta e, se lhe não agradavam, negava o rédito solicitado. Assim se sobrepunha um julgamento político ao Judiciário; era um poder exaustorado no exercício de suas funções.¹⁹

Figurou também na Constituição Federal de 1937, mas, assim como a de 1934, apenas aplicava-se, o regime de precatórios, à Fazenda Pública Federal, inovando apenas na previsão da necessidade de inserir no orçamento quantia suficiente para a satisfação dos débitos da Fazenda Nacional. Com a Constituição Federal de 1946, art. 204, tal regime foi estendido às Fazendas Públicas Estaduais e Municipais. E, a partir da Constituição Federal de 1967, tal sistema foi aperfeiçoado, tornando obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciários, quando estes tivessem sido apresentados até primeiro de julho (Art. 112, § 1º). A Emenda Constitucional nº 01/1969, não trouxe nenhuma modificação de fundo ao regime dos precatórios.

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, o regime de precatórios sofreu profundas modificações, por força da notória incapacidade de Estados e municípios de saldar suas dívidas advindas de decisões judiciais transitadas em julgado, como veremos no tópico seguinte.

3. DISCIPLINA ATUAL. CONSTITUIÇÃO DE 1988

O legislador constituinte originário previu o regime dos precatórios no artigo 100. Em seu texto original, dispunha:

¹⁹ CARVALHO, Wladimir Souza. *Iniciação ao estudo do precatório*, com remissão a obra de Castro Nunes, cit. p. 332.

À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Todavia, diante das dificuldades financeiras já então existentes, excepcionou tal sistemática, por ele próprio introduzida, e previu moratória na liquidação dos débitos das Fazendas Públicas, introduzindo o artigo 33 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Tal dispositivo estabeleceu parcelamento dos débitos fruto de precatórios pendentes na data da promulgação da CF/88, em oito prestações anuais, ressalvados os créditos de natureza alimentar.

Nesta oportunidade, nada previu acerca da possibilidade de compensação de tais débitos com créditos oponíveis ao seu credor.

Assim estabelece o citado preceito:

Art. 33. Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição.

Alvo da ação direta de inconstitucionalidade nº 815-3-DF, posto excepcionar vários princípios nucleares deduzidos na parte permanente, notadamente o princípio da isonomia, o do direito adquirido e o da justa indenização, entre outros, tal dispositivo restou mantido, uma vez que o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento segundo o qual, embora as disposições transitórias e permanentes fossem antagônicas, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias continha mera exceção aos princípios citados, exceção esta criada pelo próprio poder constituinte originário. Assim sendo, não tinha ele jurisdição para fiscalizar tal poder, razão pela qual a ação não foi conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.²⁰

Em 13 de setembro de 2000, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 30/2000, que criou, ao introduzir o artigo 78 no ADCT, novo sistema, paralelamente à sistemática anterior, que previu, em face do crescimento imoderado das dívidas

²⁰ decisão publicada no DJ em 10.05.96.

decorrentes de precatórios, novo parcelamento aos precatórios pendentes na data da sua promulgação e aos que decorrerem de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999, em prestações anuais, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos. Ressalvou de tal sistema os créditos definidos como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o artigo 33 do ADCT e os que já tiverem os respectivos recursos liberados ou depositados em juízo.

Previu, ainda, em seu parágrafo 2º, o poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora, caso suas prestações anuais não tivessem sido liquidadas até o final do exercício a que se referissem.²¹

Nos termos do dispositivo constitucional transitório, foi aberta aos credores das Fazendas Públicas a possibilidade de, em caso de não pagamento das parcelas anuais, utilizarem seus créditos para pagamento de débitos tributários, ressalvados deste sistema os precatórios alimentares, os débitos de pequeno valor e os precatórios parcelados pelo art. 33 do ADCT.²²

Este é o significado do poder liberatório acima mencionado. O credor do Estado, titular de um precatório, em caso de atraso ou não pagamento do valor da parcela por parte da entidade devedora no prazo fixado no dispositivo, fica liberado do pagamento de seu débito com o ente federativo de que é credor, até o limite de seu crédito.

Por força de tal dispositivo passou-se a interpretar tal poder liberatório como sinônimo da possibilidade de se realizar a compensação tributária.

²¹ “Art. 78. 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 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.
(...)”

§ 2º As prestações anuais a que se refere o *caput* deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora.”

²² Antes de tal EC nº 30/2000 não havia previsão que permitisse fossem compensados valores substanciados em precatórios judiciais próprios ou de terceiros com débitos tributários. O STF havia firmado entendimento, segundo o qual tal procedimento implicava afronta à ordem de precedência dos precatórios, a teor do disposto no artigo 100, *caput*, da CF. Foi o que restou consignado na ADI nº 2099-4, proposta em face da Lei nº 5.742/98 do Estado do Espírito Santo, rel. Min. Marco Aurélio, j. 17.12.1999. Esta questão, não é aqui objeto de análise, mas, a nosso ver, não se encontra superada. Há ainda questionamentos sobre qual o momento em que se pode apresentar o precatório vencido e não pago para a compensação: se a qualquer tempo, em virtude da mora da entidade devedora ou se no exato momento em que poderia ser pago, obedecendo-se à ordem prevista no artigo 100, da CF. A doutrina dominante entende que após a edição da EC nº 30/2000 e mesmo com o advento da EC nº 62/09, descabe a exigência de impor pagamento na ordem cronológica de apresentação dos precatórios para fins de compensação. É, entre outros, o pensamento de DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução contra a Fazenda Pública: Regime de Precatórios*, 2ª ed., São Paulo: Método, 2010, p. 331. Em sentido contrário, OLIVEIRA, Antonio Flávio de. *Precatórios: Aspectos Administrativos, Constitucionais, Financeiros e Processuais*, 1ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 94/95.

Tal emenda foi objeto de várias ações judiciais. Alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Confederação Nacional da Indústria, em 25.11.2010, em julgamento conjunto das medidas cautelares propostas nas ADIs 2356 e 2362, obteve, após dez anos de tramitação, em voto paradigmático de desempate do Ministro Celso de Mello, a suspensão, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, da expressão constante do caput do citado artigo 78, do ADCT, – “os precatórios pendentes na data da promulgação desta emenda”, até julgamento final das ações diretas.

Entendeu o Ministro Celso de Mello, na mesma direção do Ministro Néri da Silveira, relator originário das ações diretas, que já havia, inclusive, proferido voto que deferia a medida liminar em 18.02.2002, que o Congresso Nacional, ao impor o parcelamento aos precatórios pendentes de liquidação na data de publicação da emenda, teria incorrido em diversas violações à Constituição. A procrastinação no tempo do pagamento dos precatórios judiciais pendentes na data da promulgação da EC nº 30/2000, com os respectivos valores parcelados em até 10 anos, culminaria por privar de eficácia imediata a decisão amparada pela autoridade da coisa julgada, o que vulneraria o postulado da separação de poderes, bem como afetaria um valor essencial ao Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica.²³

Mas ainda há muita discussão girando em torno da possibilidade de se conferir poder liberatório aos precatórios vencidos. Tem sido objeto de questionamento a necessidade de lei veiculadora de autorização para a compensação, a teor do disposto no artigo 170, do CTN, ou se a compensação, agora erigida a status constitucional segundo alguns, é autoaplicável.

Também relativamente ao poder liberatório dos precatórios alimentares vencidos. Têm prevalecido decisões em sentido contrário, diante da literalidade do texto constitucional.²⁴

É que, com a reiterada inadimplência das Fazendas Públicas e como o *caput* do artigo 78 introduzido pela EC nº 30/2000 permitiu a cessão de créditos, os credores originais, titulares de direitos decorrentes de precatórios vencidos, inclusive e principalmente de precatórios alimentares, excepcionados do parcelamento ali autorizado, passaram a alienar seus direitos creditórios, com desconto. Os adquirentes, devedores de tributos, passaram a adquiri-los para fins de compensação.

²³ A suspensão da mencionada expressão, por certo, irá influenciar o resultado do julgamento das ADIs propostas contra a Emenda Constitucional nº 62/09, pois a mesma padece dos mesmos vícios de inconstitucionalidade, na medida em que alcançou situações pendentes, consoante o artigo 97 do ADCT, por ela introduzido, como veremos.

²⁴ Como os precatórios alimentares não se sujeitam ao parcelamento constitucional, nos termos do art. 78, § 2º, do ADCT, inaplicável a eles o poder liberatório do pagamento de tributos, inclusive no tocante à compensação.

E as Fazendas Públicas, invocando o artigo 170 do CTN, passaram a indeferir tal pleito de compensação de seus débitos com créditos adquiridos através de cessão. É o caso do Estado de São Paulo.

O fato é que os Tribunais têm reconhecido a impossibilidade do uso de precatórios para pagamentos de tributos, sob o fundamento, dentre outros, da necessidade de lei autorizadora para a almejada compensação, apesar de existirem decisões em sentido contrário, bem como de respeitáveis opiniões na doutrina pugnano pela aplicação da compensação a partir do texto constitucional,

De qualquer forma, pende de julgamento o RE 566349-MG, no qual já houve pronunciamento reconhecendo a existência de repercussão geral, em que se discute justamente estas questões, a saber, a extensão do poder liberatório de pagamento de tributo da entidade devedora aos precatórios de natureza alimentícia e a autoaplicabilidade do § 2º, do Art. 78 do ADCT.

Analisemos, a partir de agora, a nova sistemática de precatórios implantada pela Emenda Constitucional nº 62/09.

4. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/09

Foi editada, em passado recente, a já mencionada Emenda Constitucional nº62/09, que criou terceira sistemática de pagamento de precatórios. Deu nova redação ao artigo 100, da Constituição Federal, e acrescentou o artigo 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias²⁵.

Trouxe importantes inovações, que exporemos em breves linhas.

4.1. O Art. 100 da CF, com a nova redação dada pela EC nº 62/09

Primeiro, no artigo 100, reafirma-se a regra geral de pagamento pela ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

Define o que entende por débito de natureza alimentar como sendo aquele decorrente de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado. Dispõe também que tais débitos serão pagos com preferência sobre todos os demais, com exceção dos referidos no § 2º²⁶.

²⁵ Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram concedidas três moratórias às Fazendas Públicas: a do Art. 33, do ADCT, a do Art. 78 do ADCT e agora a do art. 97 do ADCT, que será explicitado em seguida.

²⁶ Basicamente, os precatórios não alimentares são todos os demais que não se encontram definidos como alimentares no dispositivo. São formados por condenações resultantes de desapropriações, rescisões contratuais e indenizações de cunho patrimonial.

Este § 2º cria uma preferência sobre a preferência relativa aos débitos de natureza alimentar, na medida em que prestigia as pessoas com 60 anos ou mais e os portadores de doença grave, as quais terão prioridade sobre todos os outros débitos, mas até o valor equivalente ao triplo fixado em lei como obrigação de pequeno valor.²⁷

O § 3º deixa de fora da sistemática dos precatórios o pagamento das obrigações definidas em lei como de pequeno valor.²⁸

O § 4º estabelece que para os fins do § 3º, poderão ser fixados por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, mas estabeleceu um valor mínimo que é igual ao valor do maior benefício do regime de previdência social.²⁹

Estabelece a obrigatória inclusão no orçamento das entidades de direito público da verba necessária ao pagamento de seus débitos e o § 6º prevê que as dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferiu a decisão exequenda determinar seu pagamento integral. Prevê também, o sequestro da quantia respectiva, a requerimento do credor, se houver preterimento do seu direito de preferência ou em caso de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito.

Estabelece ainda crime de responsabilidade ao Presidente do Tribunal competente que retardar ou tentar frustrar a liquidação de precatórios.

Em síntese, assim se processa a expedição do precatório. Havendo sentença transitada em julgado que condene a Fazenda Pública a pagar determinada quantia, inicia-se o processo de execução, que difere da execução relativa aos particulares. Extraídas cópias das peças processuais pertinentes à sua instrução, o magistrado, incumbido da execução da sentença, oficia ao Presidente do Tribunal ao qual está vinculado, solicitando providências no sentido não da requisição da importância necessária à satisfação do débito, mas sim de sua previsão orçamentária. O Presidente do Tribunal, então, de posse da solicitação do juiz encaminha à Fazenda Pública competente um ofício dito requisitório para que se faça a inclusão, no orçamento, da

²⁷ No âmbito do Estado de São Paulo, a ordem cronológica criada em função dos portadores de doença grave está sendo organizada de acordo com o artigo 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/88, nos termos da Ordem de Serviço nº 03/2010, expedida para orientar e padronizar os serviços internos do DEPRE, no que afeta ao cumprimento das regras e princípios trazidos com a EC nº 62/2009, do Tribunal de Justiça bandeirante.

²⁸ No Estado de São Paulo, nos termos da Lei nº 11.377/03 este valor é de 1.135.2885 Ufesp's. O pagamento é feito através de Requisição Direta de Pagamento de Obrigação de Pequeno Valor, cujo pagamento ocorre em até 90 (noventa) dias da data de apresentação à entidade devedora.

²⁹ A EC nº 30/2000 excluiu do regime de precatórios os pagamentos que a lei definisse como de pequeno valor. Posteriormente, a EC nº 37/02, acrescentou o Art. 87 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a qual indicou tais montantes, até que se desse a publicação das leis dos respectivos entes da Federação definidoras das obrigações de pequeno valor (40 salários-mínimos para as Fazendas dos Estados e Distrito Federal e 30 salários-mínimos para a Fazenda dos Municípios). O § 12 do artigo 97, do ADCT, introduzido pela EC nº 62/09, revogou o sobredito artigo 87 regulando ele próprio a matéria, estabelecendo que, se a lei referida no § 4º, do artigo 100 não estivesse publicada em até cento e oitenta dias da publicação desta emenda, os valores para os entes federativos, omissos nesta regulamentação, seriam de 40 salários mínimos para Estados e Distrito Federal e 30 salários mínimos para os municípios.

importância destinada a saldar o débito. A obrigação de pagar provém de sentença condenatória transitada em julgado contra a Fazenda Pública.

Pois bem, os pagamentos são feitos atendendo-se à ordem cronológica da apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos. Esta ordem (na verdade são duas: precatórios alimentares e não alimentares) é a das datas em que os ofícios requisitórios dão entrada na repartição fazendária competente e, para que haja o pagamento até o final do exercício seguinte, é obrigatório que os precatórios sejam apresentados até 1º de julho.

Desta forma, há tempo suficiente para o crédito requisitado ser incluído no projeto de lei orçamentária anual, cuja apresentação ao Poder Legislativo deverá ocorrer até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro, ou seja, até 31 de julho, a teor do disposto no artigo 35, § 2º, inciso III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Os pagamentos são realizados à conta dos créditos respectivos porque não pode haver na lei orçamentária previsão de despesas sem a correspondente receita.

Cabe ao Presidente do Tribunal que proferiu a decisão exequenda determinar o pagamento integral.³⁰ Os pagamentos serão, assim, por ele liberados. Por isso é que é prevista a sua responsabilidade quando tal dispositivo não é por ele cumprido corretamente.

Veda, ainda, o dispositivo, a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução.

Esta vedação reside no fato dos precatórios consubstanciarem valores líquidos e certos. Seu cumprimento significa pagamento do débito. Daí resulta, ao menos em tese, não poder haver resto a ser complementado ou suplementado. Isto em caso de pagamento do valor integral. Se existir outro débito em face do mesmo credor, terá que ser objeto de outro precatório, sujeito aos mesmos trâmites pelos quais se submete o novo pagamento. Até porque, se houvesse complementação ou suplementação, importaria em quebra inconstitucional da ordem cronológica de pagamento.

Da mesma forma o fracionamento. Se tal fosse possível, todos os créditos existentes contra as Fazendas Públicas, ao menos em parte, se enquadrariam no conceito de obrigação de pequeno valor, incidindo o disposto no § 3º, do artigo 100.

A única exceção prevista está consubstanciada no § 2º deste dispositivo, que permite o fracionamento relativamente a débitos de natureza alimentícia de pessoa maior de 60 anos de idade ou portadora de doença grave.

Cria a figura da compensação automática, prévia e compulsória, a favor das Fazendas Públicas. Neste sentido, se o credor de precatórios tiver débito líquido e certo, inscrito ou não em dívida ativa, em favor da Fazenda Pública devedora, o Presidente do Tribunal, tendo disto ciência, deverá abater de seu valor a importância correspondente ao débito do credor, à título de compensação. Para tanto, o Tribunal

³⁰ não mais “segundo a possibilidade do depósito” como dispunha o antigo § 2º, do art. 100.

respectivo solicitará à Fazenda Pública devedora, informação sobre os débitos que preenchem tais condições, para que o faça em 30 dias, sob pena de perda do direito ao abatimento.

Três observações merecem referência em relação ao dispositivo. A primeira é que o dispositivo é autoaplicável por expressa disposição constitucional. A segunda é que permite a compensação não só com relação a débitos vencidos, mas a parcelas vincendas também, ressalvadas aquelas cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial. E a terceira é que, também por expressa disposição constitucional é que a compensação somente poderá ocorrer em relação ao credor original da Fazenda, excluindo-se daí o credor cessionário.

Em que pese ser admitida a cessão de créditos, nos termos dos §§ 13 e 14 do artigo 100, se o credor original ceder seu crédito a terceiro não haverá abatimento de tal valor a título de compensação, ainda que este terceiro, o cessionário, tenha dívida líquida e certa em face da Fazenda Pública.

A cessão é permitida independentemente da concordância da Fazenda Pública devedora, cessão esta que produzirá efeitos apenas após comunicação ao tribunal de origem e à entidade devedora.³¹

Ainda, o dispositivo possibilita ao credor, de acordo com lei editada pela entidade devedora, a entrega de créditos em precatórios para a compra de imóveis públicos do respectivo ente.

Estabelece que a atualização de valores após a expedição dos precatórios até o efetivo pagamento será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação de mora, incidem juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, excluídos os juros compensatórios.

Tal sistemática foi alterada em relação ao regime anterior, que dispunha que os débitos deveriam ser pagos até o final do exercício, momento em que teria seus valores atualizados monetariamente, sem indicar, contudo, parâmetros para tal atualização.

Por fim, atribui a União a prerrogativa de, na forma da lei, assumir e refinanciar diretamente débitos oriundos de precatórios dos Estados, Distrito Federal e municípios.

4.2. O artigo 97 do ADCT, criado pela EC nº 62/09

Relativamente à parte transitória, o artigo 2º acrescentou o artigo 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.³²

³¹ Entendemos que os direitos do cedente passam ao cessionário, mas não é transmitido o direito de, em relação à Fazenda, abater do crédito cedido eventual dívida do cessionário, a título de compensação, como será oportunamente abordado.

³² Art. 97: "Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o

O dispositivo institui regime especial para pagamento de precatórios para os Estados, Distrito Federal e Municípios em mora na quitação dos precatórios vencidos na data da promulgação da emenda e nos seguintes, até edição de lei complementar que tratará do mesmo assunto.

Esta lei complementar está prevista no § 15 do artigo 100. Logo, tal transitividade irá vigorar até a promulgação desta lei.³³

Passível de crítica tal dispositivo transitório, pois, paradoxalmente, de certa forma, perpetua uma situação. Ou porque vai perdurar até a edição da lei complementar que talvez nunca venha a ser criada, ou porque vai perdurar por, pelo menos 15 anos, nos termos do § 14, do artigo 97.^{34 35}

Pois bem. Tal regime especial normatiza duas possibilidades de pagamento para as entidades com estoque de precatórios, a sua escolha.

A primeira opção é o depósito mensal em conta especial aberta para tal fim, de acordo com percentuais fixados entre 1% e 2% da receita corrente líquida se o estoque de precatórios for superior a 35% da receita corrente líquida. Vigorará até que o valor dos precatórios deixe de ser superior ao valor dos recursos vinculados, quando passará a incidir o artigo 100 da Constituição Federal.³⁶

Servimo-nos do exemplo de Flavio C. de Toledo Jr. para elucidar esta opção:

Baseando-se em exemplo otimista, certo Município que, a título de precatórios, deve R\$1 milhão e dispõe de uma receita corrente líquida de R\$20 milhões, tal Comuna precisará depositar, na conta especial, todo mês, a quantia de R\$ 16.666,66, ou seja, R\$200.000,00 no ano todo (1% da RCL). Nessa trilha e caso não compareçam novos precatórios,

Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos à sua Administração 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."

³³ Art. 100, § 15: "Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação."

³⁴ Art. 97, § 14: "O regime especial de pagamento de precatório previsto no inciso I do § 1º vigorará enquanto o valor dos precatórios devidos for superior ao valor dos recursos vinculados, nos termos do § 2º, ambos deste artigo, ou pelo prazo fixo de até quinze anos, no caso da opção prevista no inciso II, do § 1º."

³⁵ Esta é também a opinião de SILVA, José Afonso da, in *Comentário Contextual à Constituição*, 7ª ed., Malheiros: São Paulo, 2010, p. 537.

³⁶ Esta foi a opção feita pelo Estado de São Paulo, conforme o Decreto 55.300, de 30.12.2009. Os 50% restantes, nos termos do § 8º, II, do art. 97 do ADCT, destinou ao pagamento a vista de precatórios não quitados, em ordem única e crescente de valor por precatório, para o exercício de 2010, consoante o Decreto nº 55.529/10, e para o exercício de 2011, conforme o Decreto nº 56.646, de 06.01.2011. Para o exercício de 2012, o Decreto 57.658, de 21/12/2011, destinou 47% ao pagamento por meio de leilão, e 3% ao pagamento em ordem única e crescente do valor por precatório.

a respectiva Fazenda, em cinco anos, terá liquidado sua dívida judicial, nisso considerando que a atualização monetária dos precatórios se dê em nível semelhante à evolução anual da receita corrente líquida.

Agora, sob uma ótica pessimista, pode-se ter outro Município, que deve R\$10 milhões de precatórios e arrecada R\$15 milhões. Em tal hipótese, tal localidade precisará depositar, na conta especial, R\$225.000,00 por ano (R\$18.750,00 por mês), levando nada menos que 44 anos para saldar seu passivo judicial e, ainda assim, caso não sobreviessem outras requisições judiciais no período de ajuste.

Assim, essa ora comentada primeira alternativa há de ser exercida por Estados e Municípios que muito devam em face do tamanho de sua receita corrente líquida.³⁷

A segunda opção é o parcelamento do estoque de precatórios em até 15 anos, corrigido e remunerado pelo índice das cadernetas de poupança, pagando 1/15 avos de seu saldo, anualmente. Ao final deste longo prazo, a entidade devedora optante por este regime voltará a observar o mesmo artigo 100 da Carta Magna.

É o mesmo Flavio C. de Toledo Jr., quem exemplifica:

Dito de outra maneira, o ente federado no 1º ano, paga um quinze avos (1/15) dos títulos judiciais vencidos; no 2º ano, liquida um catorze avos (1/14) do saldo atual corrigido pelo índice da caderneta de poupança; no 3º ano, liquida um treze avos (1/13) do atualizado valor em aberto, e assim por diante.

(...)

Ora em comento, essa segunda hipótese há de ser exercida pelos governos cujo 1/15 sobre o estoque devedor revele percentual inferior ao da sobredita tabela, aposta na alternativa anterior: a da vinculação à receita líquida.

Em um caso limítrofe da opção dos 15 anos, ter-se-ia talvez um Município, detentor de um único precatório, do qual já se tenham pago 8 (oito) parcelas do fracionamento decenal da Emenda nº 30/00, sendo que, em tal cenário, as duas parcelas restantes poderiam ser quitadas em mais 15 anos, em óbvio prejuízo para o credor.³⁸

³⁷ TOLEDO JR., Flavio C. de. *O regime especial dos precatórios à luz da Emenda Constitucional nº 62*. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 97, jan.2010. Disponível: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=64947>>. Último acesso em: 6 janeiro 2011.

³⁸ TOLEDO JR., Flavio C. de. op. cit.

Define receita corrente líquida como sendo a soma das receitas tributárias, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de contribuições e de serviços, transferências correntes e outras receitas correntes, incluindo a compensação financeira pela exploração de recursos minerais, no período entre o mês de referência e os 11 meses anteriores, excluídas as duplicidades, e as transferências obrigatórias do § 3º do artigo 97 do ADCT.

As contas serão administradas pelos Tribunais respectivos e não poderão retornar para Estados, Distrito Federal e Municípios.

Cinquenta por cento dos recursos depositados em ambas as contas serão utilizados para pagamentos de precatórios em ordem cronológica de apresentação, respeitadas as preferências dos precatórios alimentares gerais (§ 1º, do Art. 100, CF), para os requisitórios do mesmo ano, e as dos precatórios alimentares especiais (§ 2º, do Art. 100, CF), para os requisitórios de todos os anos.

Observe-se que os precatórios alimentares, que pela EC nº 30/2000 eram excluídos da moratória de 10 anos, agora não mais o são. A única ressalva é que deverão ser pagos prioritariamente e, relativamente aos maiores de 60 anos na data da expedição do precatório e os portadores de doenças graves, os mesmos receberão, independentemente desta ordem, o valor correspondente ao triplo do valor fixado para as obrigações de pequeno valor, quando então ingressarão, como os demais, pelo saldo remanescente, com preferências, no entanto, na ordem de apresentação dos precatórios, nos termos do § 6º do artigo 97 ora analisado.

Quando não se puder estabelecer a precedência cronológica entre dois precatórios, será pago primeiro o de menor valor.

Os cinquenta por cento restantes, dependendo da opção que fizerem Estados, Distrito Federal e municípios, obedecerá à seguinte forma, que poderá ser aplicada isolada ou simultaneamente. Ou serão destinados ao pagamento dos precatórios por meio de leilão; e/ou serão destinados a pagamento à vista de precatórios não quitados com os primeiros 50% ou não quitados pelo leilão realizado. Deverão ser pagos em ordem única e crescente de valor, por precatório; e/ou destinados a pagamento, por acordo direto com os credores, na forma estabelecida em lei da entidade devedora.

O § 9º do Art. 97 do ADCT disciplina o leilão. Conforme os incisos I a IX, o leilão se dará por meio de sistema eletrônico e será administrado por entidade autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários ou pelo Banco Central do Brasil.

Estarão habilitados a participar do leilão, os credores, pelo valor inteiro do precatório ou parcela por eles indicada, desde que não haja pendência de recurso ou impugnação de qualquer natureza. Os credores que se encontrarem nesta condição consideraram-se habilitados automaticamente.

Assim, verifica-se que não há necessidade de habilitação específica, se apto a ser leiload o crédito, a não ser que o credor pretenda fazer indicação específica de parcela.

Haverá oferta pública e o leilão se repetirá tantas vezes quanto necessário até que se esgote o valor disponível; a competição se verifica por meio da modalidade de

deságio associada ao maior volume ofertado (com maior deságio ou não), observado, a final, o maior percentual de deságio, sendo lícito impor valor máximo por credor, ou por outro critério, tudo conforme o edital de cada leilão.

A quitação, todavia, sempre dependerá de homologação pelo Tribunal que expediu o precatório.

De todo modo, será permitida, por iniciativa do Poder Executivo, a compensação com débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa, constituídos contra o devedor originário até a data da expedição do precatório, salvo os de exigibilidade suspensa ou que já tenham sido objeto de abatimento anterior.

O § 10 estabelece que no caso de não liberação tempestiva dos recursos, haverá sequestro da quantia devida nas contas das entidades devedoras, ordenado pelo Presidente do Tribunal local.

A Emenda Constitucional nº62/09 cria duas modalidades de sequestro.

A primeira, prevista no § 6º, do artigo 100, para o caso do preterimento do direito de precedência do credor, consoante já mencionado.

A segunda modalidade é a prevista na hipótese ora em estudo. Trata-se de sanção pela não liberação tempestiva mensal dos recursos destinados às contas especiais acima noticiadas (§ 13, do Art. 97). Assim, o sequestro se realizará se não liberados tempestivamente os recursos atrelados à moratória (1/15 anual ou 1/12 mensal, nos termos do inciso II do § 1º e § 2º do Art. 97). Também se realizará se não liberados os 50% previstos no § 6º do Art. 97, para pagamento dos precatórios por ordem cronológica.

Alternativamente, por ordem do Presidente do Tribunal requerido, constituir-se-á, em favor dos credores de precatórios, direito líquido e certo, autoaplicável e independentemente de regulamentação, à compensação automática com débitos líquidos lançados pelas entidades devedoras 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 chefe do Poder Executivo da entidade devedora fica também sujeito a sanções previstas na legislação sobre responsabilidade fiscal e improbidade administrativa. Também a entidade devedora, enquanto perdurar a omissão, não poderá contrair empréstimo externo ou interno; ficará impedida de receber transferências voluntárias. Também a União reterá os repasses relativos ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e ao Fundo de Participação dos Municípios e os depositará nas contas especiais.

Muito embora não previsto na emenda, deve autorizar o sequestro a não liberação dos recursos ao vencedor do leilão.

Os precatórios parcelados na forma do artigo 33 ou do artigo 78, ambos do ADCT, e ainda pendentes de pagamento, ingressarão no regime especial com o valor atualizado das parcelas não pagas, ou saldos de acordo judiciais e extrajudiciais, relativas a cada precatório.

Por fim, o dispositivo convalida as cessões de precatórios e as compensações com tributos efetuados antes de sua promulgação.

Em resumo, são estas as suas disposições.

5. A COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM DÉBITO CONSUBSTANCIADO EM PRECATÓRIO NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/09

Em que pesem as opiniões em sentido contrário, o fato é que sob a égide da Emenda Constitucional nº 30/2000 já estava em via de se sedimentar a jurisprudência atinente à exigência de lei para regular a compensação de precatórios com débitos tributários.

Em 02/07/2012, foi julgada a apelação cível nº 0006248-37.2011.8.26.0053, 5ª Câmara de Direito Público, Tribunal de Justiça, Relator Nogueira Diefenthaler, cuja ementa ora reproduzimos:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO.

1. Precatórios de natureza alimentícia. Impossibilidade de compensação com crédito tributário. Não preenchimento das exigências introduzidas pela Emenda Constitucional nº 62/09.
2. Necessidade, ademais, de lei autorizadora da compensação. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça.
3. Exegese do artigo 100 § 9º da Constituição Federal, art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e do artigo 170 do Código Tributário Nacional. Recurso desprovido.³⁹

O entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo não difere do posicionamento exteriorizado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, que ficou, por suas duas Turmas, o adequado tratamento franqueado à matéria.

A Primeira Turma, por ocasião do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 20.526-RO, D.J. 25.05.2006, expressou, por unanimidade, por seu Relator o Ministro FRANCISCO FALCÃO, a necessidade da edição de lei, pelo ente federado, para a regulação da compensação de créditos com débitos fazendários consubstanciados em precatórios. A ementa é elucidativa neste sentido:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO ENTRE PRECATÓRIOS ADQUIRIDOS DE TERCEIROS E DÉBITOS TRIBUTÁRIOS DA CONTRIBUINTE. ARTIGO 78, § 2º DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. ESFERA DE PO-

³⁹ Muitas outras decisões poderiam ser mencionadas no mesmo sentido, entre as quais lembramos: agravo de instrumento nº 0097963-91.2012.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Paulo Dimas Mascaretti, julgada em 08/08/2012, apelação cível 0234979-92.2009.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Castilho Barbosa, julgada em 07/08/2012, apelação cível nº 0039930-51.2009.8.26.0053, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Moacir Peres, julgada em 13/12/2010; apelação cível nº 0026257-26.2010.8.26.0224, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Franklin Nogueira, julgada em 14/12/2010, etc.

DER RESERVADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE AFASTADA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

I – Mandado de Segurança impetrado buscando a compensação entre precatório judicial adquirido de terceiro e débitos tributários da empresa impetrante.

II – O artigo 170 do Código Tributário Nacional, ao tratar do instituto da compensação tributária, impõe o entendimento de que somente a lei pode atribuir à autoridade administrativa o poder de deferir ou não a referida compensação entre créditos líquidos e certos com débitos vencidos ou vincendos.

III – Nesse quadro, verifica-se a absoluta impossibilidade de o Poder Judiciário invadir a esfera reservada à Administração Pública, e, por conseguinte, determinar a compensação pretendida pela Recorrente.

IV – Ao Poder Judiciário compete, tão somente, observar os casos em que plasmada a ilegalidade do ato administrativo, frente à ordem jurídica vigente, e não o contrário, como deseja a Recorrente, ao pleitear o deferimento de uma operação que a própria lei condicionou ao alvedrio da Administração Pública. Precedentes: RMS nº 12.568/RO, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 09/12/02 e RMS nº 13.017/RO, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJ de 25/11/2002.

(...)

VII – Recurso em mandado de segurança improvido.

Nesta linha, a mesma 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça proclamou a imperiosa necessidade de lei para regular a compensação nos moldes assinalados, como atesta o voto proferido pelo ilustre Relator Ministro JOSÉ DELGADO, no acórdão proferido no Recurso Especial nº 842.352-RS, DJ: 14.09.2006, que, após fazer remissão ao entendimento proferido pelo Ministro Francisco Falcão no RMS 20.526, acima citado, assim se pronunciou:

(...) Logo, não está autorizada em lei, nem é compatível com o regime próprio previsto na Constituição, a compensação de créditos constantes de precatórios com débitos tributários vencidos. Aplicar, pura e simplesmente, o regime de compensação prevista no direito privado para as relações de direito tributário, abriria perigosa via para fraudar o modo de pagamento dos precatórios previstos na Constituição, com desvirtuamento dos valores jurídicos que com ele se buscou preservar. Isso fica mais evidente em casos de cessão de crédito, em que o precatório, impulsionado pela facilidade de circulação de sua titularidade jurídica, ganha um poder liberatório semelhante ao da moeda, eficácia essa que a Constituição reservou a casos excepcionais (ADCT, art. 78, § 2º).

Mais recentemente, no julgamento do Recurso Especial nº 1.150.785-PR, DJe: 26/03/2010, a Ministra ELIANA CALMON, em reforço à tese aqui defendida, acrescentou respeitável entendimento à matéria:

A compensação é instituto de Direito que visa extinguir obrigações recíprocas. Os créditos devem ser líquidos e certos. O regime jurídico da compensação tributária tem sua fonte normativa na Constituição Federal e no art. 170 do CTN, que diz competir à lei do ente federado o regramento do instituto dentro de suas hostes.

A compensação tributária de precatório judicial, mesmo quando fundada no art. 78, § 2º do ADCT, não prescinde de regulamentação pelo ente político, a quem competirá dispor sobre a eficácia da compensação efetuada pelo contribuinte no âmbito dos tributos sujeitos à revisão do acertamento pela Administração.

No âmbito federal a compensação extingue o crédito sob condição da ulterior homologação pela autoridade lançadora (cf. art. 74, § 2º da Lei nº 9.430/96), porém o mesmo não ocorre necessariamente no âmbito dos Estados e Municípios que, diante da natureza supletiva e geral da norma do art. 170 do CTN, podem dispor como julgarem politicamente conveniente.⁴⁰

E tal era de rigor. O artigo 170, do CTN condiciona a compensação à existência de lei. Se a Administração Pública só pode agir nos limites que lhe autoriza a lei, ao contrário dos particulares que podem livremente agir, desde que não haja lei que lhes restrinja este campo de atuação, só pode proceder à extinção de uma obrigação tributária, através do instituto da compensação, desde que possua permissivo legal para tal desiderato.

Não obstante o acima alegado, conforme já tivemos oportunidade de mencionar linhas acima, pende de julgamento o Recurso Extraordinário 566.349-MG, ao qual o Supremo Tribunal Federal, por maioria, pela Relatora Ministra Cármen Lúcia, reconheceu, conforme publicação no Diário de Justiça datada de 31/10/2008, a existência de repercussão geral da questão constitucional, nos seguintes termos:

(...) 2. O Recorrente pleiteia o reconhecimento de pretensão direito líquido e certo à compensação entre precatórios adquiridos de terceiros e

⁴⁰ Várias outras decisões poderiam ser citadas no mesmo sentido. Entre outras, destacamos: RMS 13017-R), Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ 25/11/2002, ROMS 12568-RO, Rel. Min. Laurita Vaz, Segunda Turma, j. 07/11/2002, Resp 493.239-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, j. 18/11/2004, Resp 960.814-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe: 04/06/2009, AgRg no RMS nº 27.769-PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe: 17/11/2010, o Resp nº 1.192.662-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe: 30/09/2010, o Ag Rg no RMS nº 32.519-PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe: 13/10/2010, e o AgRg no Resp nº 1.196.680-RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe: 06/10/2010, AgRg no Agravo em Resp 11.279-RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe: 16/08/2011.

os débitos tributários que titulariza junto à Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, nos termos do art. 78, § 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

3. O Ministro Francisco Falcão, do Superior Tribunal de Justiça, negou provimento ao recurso ordinário ao fundamento de que não se falar em auto-aplicabilidade do art. 78 do ADCT, da Constituição Federal, pois embora tenha sido autorizada a utilização dos precatórios para compensação de débitos tributários, sua efetivação deverá atender às regras próprias de cada ente público, na forma do art. 170 do CTN, sobretranscrito – as quais, registre-se de passagem, foram reconhecidas como tenso (*sic*) sido recepcionadas pela Constituição (fl. 235).

O Ministro Teori Albino Zavascki acrescentou, ainda, o fundamento de que, na espécie “(...), o precatório que se pretende ‘compensar’ representa créditos de natureza alimentar. Ora, se tais créditos estão expressamente excluídos do referido parcelamento conforme acentua o caput do art. 78, não é possível atribuir-lhes o efeito liberatório de pagamento das dívidas tributárias (fl. 239).

4. São duas, portanto, as questões constitucionais postas à apreciação deste Supremo Tribunal Federal: a primeira, relativa à aplicabilidade imediata do dispositivo constitucional que permite compensação de precatório com débitos tributários (art. 78, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT); a segunda, cujo exame dependerá da conclusão a que se chegar na primeira, está em saber se precatórios decorrentes de créditos de natureza alimentar podem ser compensados com débitos tributários.

Esses dois temas constitucionais têm relevância econômica e jurídica, além de alcançarem uma quantidade significativa de credores titulares de precatórios.

(...)

5. Pelo exposto, **manifesto-me pela existência de repercussão geral** das questões constitucionais e submeto a questão à apreciação dos eminentes Pares deste Supremo Tribunal.

Atualmente, onze Estados mais o Distrito Federal possuem lei disciplinadora da compensação. São eles, Rio de Janeiro, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Ceará, Maranhão, Roraima, Santa Catarina, Alagoas, Rio Grande do Norte, Amazonas e Pará⁴¹.

No Estado de São Paulo, não há lei prevendo compensação de créditos e débitos tributários. Há sim quatro projetos de lei tramitando na Assembléia Legislativa,

⁴¹ Consoante Revista Eletrônica Consultor Jurídico, acessada através do site www.conjur.com.br/2010-ago-15/onze-estados-constam-leis-autorizam-compensacao. Último acesso em 07/12/10.

neste sentido.⁴² Daí porque, à míngua de lei, não reconhece a compensação de débitos seus com créditos decorrentes de precatórios.

E, em nossa opinião, a Emenda Constitucional nº 62/2009 não alterou este quadro.

Não é nosso objetivo, no presente trabalho, discurrir acerca das inconstitucionalidades do regime que se implantou com o advento desta emenda. São elas evidentes, a nosso ver. Pairam sobre ela, ao menos quatro ações diretas de inconstitucionalidade propostas pela Ordem dos Advogados do Brasil – (OAB), pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES) e pela Confederação Nacional da Indústria (CNI).⁴³

Na esteira do que já restou assentado no voto de desempate proferido pelo Ministro Celso de Mello, quando do julgamento das medidas cautelares nas ADIs 2356 e 2362, consoante já expusemos, ao menos na parte em que alcança os precatórios a ela anteriores, tudo sinaliza para o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, na medida em que tal emenda, ao violar o direito adquirido e a coisa julgada, princípios estes insculpidos no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, atingiu cláusula pétrea, intangível pelo poder constituinte derivado, configurando indubitavelmente abuso do poder de legislar por parte do Congresso Nacional.^{44, 45}

⁴² Projetos de Lei nºs 1297/2009, 303/2010, 800/2011, anexados, em 29.09.2011, ao Projeto de Lei nº 319/2008.

⁴³ Respectivamente, ADIs 4357, 4400, 4372 e 4425.

⁴⁴ A propósito, em 16/06/2011, o Ministro Ayres Britto, então Relator das mencionadas ADIs 4357, 4400, 4372 e 4425, reunidas para julgamento conjunto, proferiu voto pela inconstitucionalidade da emenda pela existência de vício formal, na medida em que o Congresso Nacional não observou o interstício de cinco dias úteis nas votações em primeiro e segundo turnos, tal qual prevê o artigo 362 do Regimento Interno do Senado Federal. Manifestou-se também pela inconstitucionalidade do parágrafo 2º, do artigo 100, da CF, que determina o pagamento preferencial de precatório de natureza alimentícia, especificamente na data de sua expedição, a pessoas com 60 anos ou mais, pois, no seu juízo, uma pessoa de 60 anos que acabou de ter seu precatório expedido receberá parte de seu crédito antes de uma pessoa de 80 anos que espera pelo pagamento de seu precatório há mais de duas décadas; e pela inconstitucionalidade dos parágrafos 9º e 10, do mesmo dispositivo, na medida em que criam mais uma prerrogativa processual ao Estado ao cancelar uma compensação obrigatória do crédito a ser inscrito em precatório com débitos perante a Fazenda Pública, e por ferir os princípios da separação dos Poderes e da isonomia. Votou desfavoravelmente ao parágrafo 15 do artigo 100 da CF e ao artigo 97 do ADCT, por contrariarem a autoridade das decisões judiciais e afrontarem o princípio da separação de Poderes, as garantias constitucionais de livre acesso ao Poder Judiciário, e a razoável duração do processo. Quanto ao artigo 97 do ADCT, entendeu ainda, que a norma prevê o pagamento de precatórios em ordem única e crescente de valor favorecendo, desarrazoadamente, os credores mais recentes, em detrimento de quem já espera há mais tempo na fila. Além disso, o artigo torna subjetivo o critério de escolha para o pagamento e prejudica a autonomia da Justiça Trabalhista, ao conferir apenas aos Tribunais de Justiça a administração da conta especial de depósito dos valores para quitar a dívida. Por fim, votou pela inconstitucionalidade da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, constante do parágrafo 12 do artigo 100 da Constituição, do inciso II do parágrafo 1º e do parágrafo 16, ambos do artigo 97 do ADCT, por desequilibrar a equação econômico-financeira entre devedor e credor, em desfavor deste último.

⁴⁵ No Estado de São Paulo, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança 0259268-55.2010.8.26.0000 em 24/11/2010, impetrado pela Municipalidade de São Paulo em face do Presidente do Tribunal de Justiça que deferiu pedido de intervenção, julgou, *incidenter tantum*, inconstitucionais os artigos 2º, 3º e 4º da EC nº 62/09, por ferir, entre outros, os princípios da moralidade, da razoabilidade e da proporcionalidade. Este mesmo Órgão, no julgamento

Todavia, não se pode admitir que, sob o pálio da inconstitucionalidade, perpetrem-se outras inconstitucionalidades. Esclarecemos.

A Emenda Constitucional nº 62/09 trouxe, efetivamente, algumas alterações relativamente à compensação, dizendo expressamente quais as situações em que a permite, inclusive à múngua de regulamentação, mas nas hipóteses ali consignadas.

A critério e em favor do ente público devedor, em dois momentos distintos.

O primeiro deles, como faculdade do ente devedor e independentemente de regulamentação e contra o credor original, no momento da expedição do precatório, nos termos do disposto nos §§ 9º e 10º do artigo 100 da CF.⁴⁶

E o segundo, na hipótese de opção do ente público pela realização de leilões (no tocante a 50% dos recursos que serão utilizados para pagamento de precatórios), opção esta prevista no artigo 97, § 8º, inciso I e § 9º, inciso II, do ADCT.⁴⁷

A favor do credor, há apenas uma hipótese de compensação, concedida expressamente e independentemente de regulamentação, mas não por sua escolha e sim por ordem do Presidente do Tribunal que optará ou por seqüestro em conta do ente devedor da quantia necessária ou pela compensação. No caso de não liberação tempestiva de recursos, prevista no Art. 97, § 10, inciso II, do ADCT.

Observemos que o legislador constituinte derivado, quando o quis, conferiu direito à compensação, tanto para a entidade devedora quanto para o credor, sublinhe-se, independentemente de regulamentação e, frise-se, contra o credor original.

do MS n. 006986-53.2012.8.26.0000 em 27/06/2012, impetrado pelo Instituto Paulista Adventista de Educação e Assistência Social em face do Presidente do Tribunal de Justiça que extinguiu pedido de seqüestro à vista das novas disposições da EC nº 62/09, externou posicionamento segundo o qual a citada emenda viola ato jurídico perfeito, não podendo ter efeito retroativo.

⁴⁶ “Art. 100 (...);

§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não na dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

§ 10 Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preencham as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos.”

⁴⁷ “Art.97 (...);

§ 8º 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:

I – destinados ao pagamento dos precatórios por meio do leilão;

(...)

§ 9º Os leilões de que trata o inciso I do § 8º deste artigo:

(...)

II – admitirão a habilitação de precatórios, ou parcela de cada precatório indicada pelo seu detentor, em relação aos quais não esteja pendente, no âmbito do Poder Judiciário, recurso ou impugnação de qualquer natureza, permitida por iniciativa do Poder Executivo a compensação com débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa, e constituídos contra devedor originário pela Fazenda Pública devedora, até a data da expedição do precatório, ressalvados aqueles cuja exigibilidade esteja suspensa nos termos da legislação, ou que já tenham sido objeto de abatimento nos termos do § 9º do art.100 da Constituição Federal;”

Expressamente consignou que, em tais hipóteses, a compensação é autoaplicável, o que nos leva à conclusão de que em outras, entendeu que no exercício da competência tributária atribuída pela Constituição Federal aos entes políticos, a eles cabe por lei, em face do princípio da estrita legalidade e da indisponibilidade dos recursos públicos, regular as hipóteses em que é cabível a compensação.

E tal é de rigor. O artigo 24, I, da Constituição Federal prevê que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direito tributário. Dispôs, em seu parágrafo primeiro que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

O artigo 146, inciso III, letra “b”, do texto magno, dispõe que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.

O instituto da compensação, modalidade de extinção do crédito tributário, está, por disposição constitucional, sob reserva de lei complementar no que concerne à edição de normas gerais.

O artigo 170, do Código Tributário Nacional, que atende a tal qualificativo, assevera que compete à lei ordinária de cada ente federativo a sua autorização.

A Constituição Federal é quem dita, portanto, o que pode cada pessoa política realizar em matéria tributária, demarcando os respectivos âmbitos de atuação, no intuito de evitar conflitos entre as pessoas políticas, inclusive no que se refere à compensação.

E tal se dá em respeito ao princípio federativo, corolário do Estado Democrático de Direito, em função do qual, as competências outorgadas pela Constituição Federal aos entes federados não podem ser violadas.

De fato, não cabe à Constituição Federal descer a minudências. E não é o artigo 170 do Código Tributário Nacional que concede o direito à compensação e sim a lei ordinária ali prevista que vier a dispor sobre a matéria.

Ademais, nem o artigo 100 e parágrafos da Constituição Federal, nem tampouco o artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Tributárias afastou a competência dos entes federados para disciplinar a matéria.

Pugnar pela autoaplicabilidade da compensação, a partir do texto constitucional, é violar o princípio federativo, violando o rígido regime de repartição das competências tributárias definido pela Constituição Federal.

Discordamos, portanto, de grande parte da doutrina que prestigia este posicionamento que decorre, acreditamos, da grande insatisfação pelo notório descaso dos entes públicos em saldar suas dívidas

Alguns, de forma mais radical, como é expressão Alexandre Macedo Soares, defendem a incidência direta e imediata da compensação ao caso concreto. São suas palavras:

(...), com arrimo na indispensável interpretação lógico-sistêmica dos preceitos constitucionais, dúvidas nem receio devemos ter em admitir que

o direito à compensação (ressarcimento) do que foi pago indevidamente ao Erário, a título de tributo, é consectário lógico--natural de uma série de regras principiológicas encartadas em nossa Norma Fundamental...⁴⁸

Outros autores defendem-na de maneira mais temperada, dos quais destacamos Francisco Wildo Lacerda Dantas, que obtempera:

Penso que é preferível que se tenha lei que discipline a compensação. Considero, porém, que, à míngua da existência dessa lei, não se poderá proibir a cessão de crédito – porque prevista no próprio texto constitucional –, nem muito menos a utilização por eventual empresa cessionária do crédito do precatório, tendo em vista que isso importaria em criar obstáculo à efetividade da disciplina constitucional, indevidamente.⁴⁹

Só a lei, portanto, poderá regular como se procederá a compensação; quais tributos poderão ser compensados, se inscritos ou não em dívida ativa; qual a autoridade competente para proceder a compensação; em qual momento se configura a mora do ente político devedor que enseja a compensação, dentre outras questões.

Relativamente à cessão de créditos decorrentes de precatórios a terceiros, houve previsão expressa no § 13, do artigo 100, da CF E o Art. 5º da EC nº 62/09 convalidou as cessões de precatórios efetuadas antes da promulgação da referida emenda, independentemente da concordância da entidade devedora.

Na verdade, tais dispositivos não trazem qualquer inovação, visto que a cessão sempre foi permitida e não se confunde com a compensação. São dois institutos com perfis diferentes, cada qual com suas próprias regras, não havendo porque, como querem alguns autores, forçar interpretação no sentido de imbricá-los.

Por fim, mais uma observação se faz necessária em reforço da nossa argumentação.

Com o julgamento das cautelares nas ADIs 2356 e 2362 que suspenderam a eficácia do artigo 2º da EC nº 30/2000, relativamente aos precatórios pendentes na data de sua promulgação, pelo menos em relação a estes precatórios, se persistir a decisão proferida nas cautelares, não mais se submetem ao parcelamento de dez anos. Sendo assim, não há que se cogitar de descumprimento de parcelas anuais para fins de conferir poder liberatório aos precatórios, perdendo assento constitucional o instituto da compensação, como decorrência direta e imediata do texto constitucional.⁵⁰

⁴⁸ TAVARES, Alexandre Macedo. *Compensação do Indébito Tributário*, São Paulo: Dialética, 2006, p. 30.

⁴⁹ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução Contra a Fazenda Pública: Regime de Precatório*, 2ª ed., São Paulo: Método, 2010, p. 328.

⁵⁰ É, inclusive, o pensamento de HARADA, Kiyoshi. *Precatórios. Suspensão do art. 78 do ADCT. Consequências*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 01 dez. 2010. Disponível em: [HTTP://www.conteudojuridico.com.br](http://www.conteudojuridico.com.br)

São estas as razões que nos levam a concluir, no mesmo sentido em que se inclina a jurisprudência pátria, de necessidade de edição de lei que autoriza a compensação, ainda mais agora sob a égide da Emenda Constitucional nº 62/09.⁵¹

6. SÍNTESE CONCLUSIVA

1. A sistemática de pagamento por precatórios foi prevista no artigo 100 da Constituição Federal de 1988. No mesmo diploma, o artigo 33 do ADCT permitiu o parcelamento em oito anos dos débitos frutos de precatórios pendentes na data da sua promulgação, ressalvando os créditos de natureza alimentar. Nada estabeleceu, na oportunidade, acerca da possibilidade de compensação de tais débitos com créditos oponíveis ao seu credor.

2. Tal dispositivo transitório foi alvo de ação direta de inconstitucionalidade, tendo o Supremo Tribunal Federal entendido que, embora as disposições transitórias e permanentes fossem antagônicas, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias continha mera exceção criada pelo Poder Constituinte Originário aos princípios da isonomia, do direito adquirido e da justa indenização, dentre outros, razão pela qual mencionada ação não foi conhecida.

3. Com o advento da EC nº 30/2000 instituiu-se nova moratória. Restou permitido aos entes públicos novo parcelamento de débitos, agora em dez prestações anuais e sucessivas. Abriu-se, em contrapartida, aos credores das Fazendas Públicas a possibilidade de, em caso de não pagamento destas parcelas, utilizarem seus créditos para pagamento de débitos tributários, ressalvados deste sistema os precatórios alimentares, os débitos de pequeno valor e os precatórios parcelados pelo Art. 33 do ADCT. A partir daí, passou-se a interpretar, equivocadamente, que o poder liberatório nela previsto era sinônimo da possibilidade de se realizar compensação tributária.

4. Pelo voto de desempate do Ministro Celso de Mello, que deferiu a cautelar nas ADIs 2356 e 2362, o Plenário do Supremo Tribunal Federal suspendeu a expressão constante do caput do artigo 78, do ADCT criado pela aludida Emenda – “os precatórios pendentes na data da promulgação desta emenda”, até julgamento final das ações diretas. Em que pese haver ainda muita discussão girando em torno da possibilidade de se conferir poder liberatório aos precatórios alimentares vencidos, têm prevalecido decisões em sentido contrário, diante da literalidade do texto constitucional.

5. Também tem sido objeto de questionamento a necessidade de lei veiculadora de autorização para a compensação, a teor do disposto no artigo 170, do CTN.

com.br/?colunas&rcolumnista=390&rver=796. Último acesso em: 16 jan. 2011.

⁵¹ A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, no RMS n. 31.912-PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 25/11/2010, esposou entendimento segundo o qual o artigo 78, § 2º, do ADCT, estaria revogado pela Emenda Constitucional nº 62/09.

Os Tribunais têm reconhecido, apesar de decisões em sentido contrário, bem como de respeitáveis opiniões na doutrina pugnano pela aplicação da compensação a partir do texto constitucional, a impossibilidade do uso de precatórios para pagamentos de tributos, sob o fundamento, dentre outros, da necessidade de lei autorizadora para a almejada compensação.

6. De qualquer forma, pende de julgamento o RE 566349-MG, no qual já houve pronunciamento reconhecendo a existência de repercussão geral, em que se discute, justamente, a extensão do poder liberatório de pagamento de tributo da entidade devedora aos precatórios de natureza alimentícia e a autoaplicabilidade do § 2º, do Art. 78 do ADCT.

7. Em nossa opinião, a Emenda Constitucional nº 62/2009 não alterou este estado de coisas. Em que pese estar eivada de diversas inconstitucionalidades, consoante já reconhecido, inclusive, pelo então Relator das ADIs 4357, 4400, 4372 e 4425, o Ministro Ayres Britto, não é por esta razão que se pode admitir perpetrem-se outras inconstitucionalidades.

8. A EC nº 62/09 trouxe alterações relativamente à compensação, dizendo expressamente quais as situações em que a permite, inclusive à míngua de regulamentação, mas nas hipóteses ali consignadas. A critério e em favor do ente público devedor, em dois momentos distintos. O primeiro deles, como faculdade do ente devedor e independentemente de regulamentação e contra o credor original, no momento da expedição do precatório (§§ 9º e 10º do artigo 100 da CF). E o segundo, na hipótese de opção do ente público pela realização de leilões (no tocante a 50% dos recursos que serão utilizados para pagamento de precatórios), opção esta prevista no artigo 97, § 8º, inciso I e § 9º, inciso II, do ADCT. A favor do credor, em apenas uma hipótese de compensação, concedida expressamente e independentemente de regulamentação, mas não por sua escolha e sim por ordem do Presidente do Tribunal no caso de não liberação tempestiva de recursos (Art. 97, § 10, inciso II, do ADCT).

9. O legislador constituinte derivado, quando o quis, conferiu direito à compensação, tanto para a entidade devedora quanto para o credor, sublinhe-se, independentemente de regulamentação e, frise-se, contra o credor original, o que nos leva à conclusão de que, em outras hipóteses, aos entes políticos cabem por lei, em face dos princípios federativo, da estrita legalidade e da indisponibilidade dos recursos públicos, regular as hipóteses em que é cabível a compensação, a teor do disposto no artigo 170 do Código Tributário Nacional.

10. Ademais, nem o artigo 100 e parágrafos da Constituição Federal, nem tampouco o artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias afastou a competência dos entes federados para disciplinar a matéria.

11. Pagnar pela autoaplicabilidade da compensação, a partir do texto constitucional, é violar o princípio federativo, violando o rígido regime de repartição das competências tributárias definido pela Carta Magna.

12. Daí concluirmos no mesmo sentido em que se inclina a jurisprudência pátria, de necessidade de edição de lei que autorize a compensação, ainda mais agora sob a égide da Emenda Constitucional nº 62/09.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, 4º vol, tomo III, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 62, de 9 de novembro de 2009. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 de novembro de 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Último acesso em 13/08/2012.
- CARVALHO, Wladimir de Souza. *Iniciação ao estudo do precatório*, Separata da Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, Brasília, ano 19, n. 76, out-dez. 1982.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução Contra a Fazenda Pública: Regime de Precatório*, 2ª ed., São Paulo: Método, 2010.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, 28ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 2º vol., 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- FERREIRA, Eudimar Alves. *Um Estudo sobre a Compensação Tributária. Direito Tributário e Financeiro Aplicado*. Fernando Facury Scaff (coord.), São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Obrigações*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- HARADA, Kiyoshi. *Precatórios. Suspensão do Art. 78 do ADCT. Consequências*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 01 dez. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=390&ver=796>. Último acesso em: 16 jan. 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal, *Estado Democrático de Direito e Responsabilidade Civil do Estado: a questão dos precatórios*. Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 5, nº 19, jul. 2007
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- MALERBI, Diva. *A cláusula pétrea da legalidade tributária e o instituto da compensação*, Revista de Direito Tributário nº 67, São Paulo: Malheiros, 1995.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- OLIVEIRA, Antonio Flávio. *Precatórios: Aspectos Administrativos, Constitucionais, Financeiros e Processuais*, 1ª ed., Belo Horizonte: Forum, 2007.
- PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2009.
- REVISTA ELETRÔNICA CONSULTOR JURÍDICO, acessada através do site www.conjur.com.br/2010-ago-15/onze-estados-constam-leis-autorizam-compensacao. Último acesso em 07/12/10.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Parte Geral das Obrigações*, 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- SCAFF, Fernando Facury. *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário – 13º volume*. Valdir de Oliveira Rocha (coord.). São Paulo: Dialética, 2009.
- SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*, 7ª ed., Malheiros: São Paulo, 2010.
- TAVARES, Alexandre Macedo. *Compensação do Indébito Tributário*, São Paulo: Dialética, 2006.
- TOLEDO JR., Flavio C. de. *O regime especial dos precatórios à luz da Emenda Constitucional nº 62*. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 97, jan.2010. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=64947>. Último acesso em: 6 janeiro 2011.