

Consultor Tributário: A compensação automática de precatórios com tributos

11/07/2012

Quando logra vencer ação em que pleiteia a restituição de tributo direto (ou indireto, fazendo a prova diabólica exigida pelo art. 166 do CTN), em tema no qual não tenha havido modulação de efeitos protetiva do Fisco (como a que se deu na invalidação do prazo decenal para a cobrança das contribuições previdenciárias[1]), sem sofrer (ou ganhando) ação rescisória e sem que exista espaço para a inconstitucional flexibilização da coisa julgada (CPC, art. 741, parágrafo único), quando consegue superar todos esses obstáculos... Então, o contribuinte se depara com o precatório.



Deveras, a compensação — forma muito mais expedita e justa de restituição do indébito, por não impor ao contribuinte o ônus de fazer desembolsos em favor do Estado que também lhe deve, mas não paga — foi relegada pelo artigo 170 do CTN ao status subalterno de simples faculdade dos entes federados, em uma das muitas insuficiências de nosso velho Código, de esplêndidos serviços prestados, mas hoje merecedor de digna aposentadoria[2].

Temos para nós que os entes políticos que se recusam a regular o instituto, ou que o fazem de maneira manifestamente insatisfatória, incorrem em recalcitrância ilegítima, censurável em Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (CF, art. 102, § 1º)[3] ou Mandado de Injunção (CF, art. 5º, LXXI). Os princípios contrariados pela paralisia ou pela insuficiência legislativa em matéria de compensação tributária são, pelo menos, a isonomia, a propriedade privada, a moralidade administrativa e a capacidade contributiva.

Mas isso é assunto para outra coluna.

Voltando aos precatórios, tem-se que foram instituídos na Constituição de 1934 como avanço face à prática, vigente no Império e na República Velha, de pagarem-se primeiro os amigos, e raramente os demais.

Mantidos na Constituição autoritária de 1937, foram aperfeiçoados na Carta outorgada de 1967/1969, que passou a exigir a inclusão no orçamento das entidades públicas de verbas suficientes para o pagamento dos precatórios apresentados até 1º de julho.

As normas foram reiteradas pela Constituição de 1988 (art. 100, § 1º), que definiu o fim do exercício seguinte como data-limite para a quitação[4].

Isso tudo no papel, naturalmente, pois a praxe sempre foi protelar os pagamentos *ad aeternum* e com total sem-cerimônia.

A positivação do calote deu-se pela primeira vez no artigo 33 das Disposições Transitórias da Constituição de 1988, que autorizou o parcelamento em até oito anos dos precatórios pendentes de pagamento na data de sua promulgação, ressalvados somente os que se enquadrassem na categoria então criada dos alimentares.

Provindo do constituinte originário, o parcelamento foi, sem dúvida, válido, conquanto imoral, sendo sintomático que autorização para a emissão de títulos da dívida pública alheios ao limite global de endividamento, constante do parágrafo único do artigo 33 do ADCT, tenha estado na origem do tristemente famoso Escândalo dos Precatórios.

De igual blindagem não gozava a nova moratória instaurada pela EC 30/2000[5], que permitiu o fracionamento em até dez anos dos precatórios pendentes de pagamento na data de sua publicação — salvo os alimentares, os de pequeno valor, os do artigo 33 do ADCT e aqueles cujos valores já houvessem sido liberados ou depositados em juízo — e dos decorrentes de ações judiciais propostas até 31 de dezembro de 1999[6].

Como nota positiva nesse cenário desolador, o parágrafo 2º do artigo 78 do ADCT atribuiu às prestações não pagas até o fim do exercício a que se referiam “*poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora*”.

Quiçá ofuscados pela clareza do dispositivo, os estados e municípios passaram prontamente a defender (a) que este não seria autoaplicável, dependendo da boa-vontade dos próprios devedores para o regulamentar; e (b) que, de toda maneira, não alcançaria os precatórios alimentares, por estarem excepcionados do *caput*, a que se reporta o parágrafo 2º — literalismo que tem o curioso efeito de lhes dar tratamento menos vantajoso do que o dispensado aos precatórios ordinários.

Os argumentos seduziram o STJ[7], tendo as duas discussões sido declaradas pelo STF como de repercussão geral no RE 566.349/MG, que pensamos deveria ser decidido em favor do particular[8].

Fechada a digressão, lembramos que o STF suspendeu, na ADI-MC 2.362/DF, a vigência de todo o artigo 78 do ADCT, reconhecendo, por seis votos a cinco, as manifestas ofensas a direitos e garantias individuais — o acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI) e, quanto à segregação temporal das ações a sujeitaram-se à moratória, a igualdade (CF, art. 5º, *caput*) —, bem como à independência do Poder Judiciário, todos revestidos da categoria de cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º, III e IV).

Trata-se de decisão importante, que se faria histórica não fosse o detalhe de ter sido tomada em 25 de novembro de 2010, mais de oito anos e nove meses após o início do julgamento (a publicação levou outros seis meses), quando já estava para encerrar-se o prazo do fracionamento dos precatórios existentes ao tempo da edição da EC 30, que é de 2000, e quando todos os pagamentos pendentes naquela sistemática já tinham sido absorvidos pela EC 62/2009[9], que consegue piorar o que já era lastimável.

Deveras, o artigo 97 que esta introduziu no ADCT, além de instituir regime especial consistente em parcelamento dos precatórios pendentes e a expedir, numa opção por até quinze anos (§ 1º, II), na outra sem prazo definido (§ 2º)[10], faculta que até 50% dos valores liberados pelos estados e municípios — o regime especial não se aplica à União — sejam utilizados em pagamentos fora da ordem cronológica, seja na ordem crescente de valor, seja aos credores que “vencerem” os leilões às avessas promovidos pelo ente federado (ganha basicamente quem dá mais desconto), seja ainda àqueles que fizerem acordos com este, que poderá criar câmaras de conciliação para tal fim (§§ 6º, 8º e 9º).

Além disso, os parágrafos 9º e 10 do artigo 100 do corpo permanente e o parágrafo 9º, II, do artigo 97 do ADCT determinam que, ao serem pagos, os precatórios sejam compensados de ofício com débitos tributários em aberto em nome do credor, mesmo que parcelados, medida disciplinada pela Lei 12.431/2011. É interessante notar como, na compensação de mão invertida, a regulamentação veio a galope...

A inconstitucionalidade da compensação de ofício é flagrante e múltipla. O instituto assemelha-se no essencial à imputação do pagamento, que analisamos em nossa coluna de 11 de abril de 2012 (“Discutir tributos é direito em risco de extinção” — [clique aqui para ler](#)). Aqui como ali, o Fisco, de posse de valores titularizados pelo particular (não mais destinados por este à quitação de uma dívida, mas agora prontos para serem-lhe restituídos), emprega-os *manu militari* na satisfação de créditos tributários que afirma ter contra aquele, contornando o devido processo legal — que erige a execução fiscal, a admitir embargos com efeito suspensivo, como o único meio para a exigência coativa dos tributos alegadamente devidos pelo particular.

Adicionalmente, tem-se ofensa à isonomia, pois o contribuinte só pode recorrer à compensação após o trânsito em julgado da decisão que reconhece o seu crédito (CTN, art. 170-A), ao passo que a compensação de ofício beneficia os créditos da Fazenda (vale dizer: colhe os débitos daquele) em qualquer fase.

Violação há ainda à coisa julgada, na medida em que o crédito do particular será executado de forma diversa daquela prevista na sentença. No que toca à aplicação do instituto a débitos objeto de parcelamento, verifica-se ofensa a direito adquirido pelo contribuinte com base em concessão voluntária do ente tributante, a quem fica vedado o retrocesso.

Essas e outras questões são discutidas nas ADIs 4.357/DF, 4.372/DF, 4.400/DF e 4.425/DF, cujo julgamento — iniciado com um magnífico voto pelo ministro Ayres Britto — está atualmente suspenso por pedido de vista do ministro Luiz Fux.

A compensação de ofício é ainda objeto do RE 678.360/RS, cuja repercussão geral vem de ser atestada.

Precatório vem da mesma raiz latina que, em línguas vizinhas, deu origem ao verbo rezar (*pregare, prier*). Faz sentido.

[1] STF, Pleno, RE nº 559.943/RS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 26.09.2008. No caso, apesar de não ter havido mudança jurisprudencial e de a retroação dos efeitos vir em prejuízo do autor



da inconstitucionalidade (a União), como deve ser, o Tribunal a livrou do dever de restituir os valores recebidos de acordo com as normas invalidadas.

[2] Outras omissões graves são, a nosso ver, e apenas a título exemplificativo, a inexistência de limites para as sanções tributárias e a falta de balizas para o contencioso administrativo, que evitariam os disparates com que os contribuintes são obrigados a conviver nesses domínios.

[3] Para o cabimento de ADPF em caso de omissão inconstitucional, ver GILMAR FERREIRA MENDES. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 75-78.

[4] Para outros detalhes que não interessam ao presente artigo, ver o excelente histórico traçado pelo Min. NÉRI DA SILVEIRA no voto condutor da ADI-MC nº 2.362/DF (STF, Pleno, Redator do acórdão Min. AYRES BRITTO, DJe 19.05.2011).

[5] Na parte em que acrescentou o art. 78 ao ADCT.

[6] O prazo do parcelamento era reduzido para dois anos em relação aos precatórios decorrentes da desapropriação do único imóvel residencial do credor (ADCT, art. 78, § 3º).

[7] STJ, 1ª Turma, RMS nº 23.962/MG, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ 14.06.2007.

[8] Isso se não tiver perdido o objeto pela suspensão de todo o art. 78 do ADCT nos autos da citada ADI-MC nº 2.362/DF e, sobretudo, da superação da EC nº 30/2000 pela EC nº 62/2009.

[9] Ver o § 15 do art. 97 que a Emenda acrescentou ao ADCT.

[10] Como no REFIS 1, em que a lei fixa o valor das parcelas, e a quitação demora o que demorar.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2012-jul-11/consultor-tributario-compensacao-automatica-precatorios-tributos/>