Recurso é ideal contra exigência para receber precatório

I. Do Mandado de Segurança no Direito brasileiro.

1. O mandado de segurança é, no direito brasileiro, ação de índole constitucional. Tal assertiva revela a importância dada pelo legislador ao remédio destinado a proteger o cidadão dos atos ilegais ou cometidos com abuso de autoridade, em especial em matéria tributária, cujo enfoque se presta este artigo.

2. O artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal dispõe que: "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

3. Hely Lopes Meirelles[1] assim define o mandado de segurança: "meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".

4. Já José Afonso da Silva[2] conceitua o mandado de segurança como sendo "um remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público".

5. Por sua vez, Hely Lopes Meirelles[3] prossegue dizendo o que entende por direito líquido e certo: "Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante".

II. Considerações acerca da compensação

6. A compensação é modalidade de extinção do crédito tributário conforme artigo 156, II, do Código Tributário Nacional. O diploma, em seu artigo 170 dispõe: "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".

7. Assim, pode-se concluir serem requisitos essenciais da compensação tributária a autorização legal, obrigações recíprocas e específicas entre o Fisco e o contribuinte e dívidas líquidas e certas.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

8. A autorização legal decorre logicamente do princípio da estrita reserva legal. Trata-se, portanto, de atividade vinculada, não restando à Administração discricionariedade sobre a oportunidade e conveniência.

9. Por outro lado, no que tange à reciprocidade das obrigações, pode-se dizer que para que haja o direito à compensação, basta a liquidez e certeza do crédito, sendo estes de mesma espécie conforme Lei 9.250/95.

10. Neste ponto, vale salientar que em momento algum a Lei 8.383/91 condicionou a compensação à autorização da Fazenda, também porque nada impede que, efetuada a compensação, aquela revise seus atos, lançando em dívida ativa aquilo que entender devido/pendente. Ponto ainda mais controvertido nas hipóteses em que a compensação é deferida judicialmente, como se passa a analisar.

III. Dos entraves criados pela RFB para a compensação

11. A Instrução Normativa 517/2005 da Secretaria da Receita Federal estipula que a compensação de créditos tributados conferidos por decisão judicial transitada em julgado fica condicionada ao ingresso do "Pedido de Habilitação de Crédito Reconhecido por Decisão Judicial Transitada em Julgado".

12. É evidente que a Instrução Normativa extrapolou a sua competência e feriu o princípio da legalidade estrita, quando instituiu obrigação não contida na Lei 8.383/91, inclusive criando novos ônus ao contribuinte.

13. Isso porque, para a instrução do pedido de habilitação, faz-se necessária a expedição de certidão de inteiro teor dos autos (paga pelo contribuinte) e também a comprovação da desistência da execução do título judicial, bem como a assunção de todas as custas do processo de execução, inclusive honorários advocatícios, esta no caso de ação de repetição de indébito.

14. Celso Bandeira de Mello[4] já salientava que “o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecer-lhas, cumpri-las, pô-las em prática”.

15. Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho[5]: “qualquer das pessoas políticas de direito constitucional interno somente poderá instituir tributos, isto é, descrever a regra-matriz de incidência, ou aumentar as existentes, majorando a base de cálculo ou a alíquota, mediante a expedição de lei”.

16. Ou como expõe o grande estudioso dessa matéria Roque Antonio Carazza[6] “cuida-se, pois, de uma reserva que inibe a ação de fontes da lei e que torna impossível ou ilícito o exercício de qualquer atividade pública (em especial a administrativa) que nela não encontra total respaldo”.

IV. Considerações acerca dos precatórios.

17. Conforme Kyioshi Harada**[7]**: “Precatório judicial significa requisição de pagamento feito pelo Presidente do Tribunal, que proferiu a decisão exeqüenda contra Fazenda Pública (União, Estados

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

membros, DF e Municípios), por conta da dotação consignada ao Poder Judiciário. É a forma de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, regulada pelo art. 730 do Código de Processo Civil. Funciona como sucedâneo de penhora, em virtude do princípio da impenhorabilidade de bens públicos".

18. O artigo 100 da Constituição Federal, que regula o pagamento de precatórios, assim dispõe:

Art. 100 – 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 cronológica 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.

§ 1º – É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente (redação dada pela EC nº 30/00).

§ 2º – As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exeqüenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito (redação dada pela EC nº 30/00).

19. Vale salientar que, muito embora o pagamento de precatórios esteja expressamente definido pela Constituição Federal, inclusive em relação a sua forma e modo de ser realizado, freqüentemente surgem novas leis e regulamentos atinentes a dificultar o pagamento dos débitos das Fazendas, principalmente após ter o STF sinalizado a adoção de tese de que o não pagamento não importa em descumprimento da ordem judicial a ensejar intervenção federal no Estado membro ou intervenção estadual no Município. A Lei 11.033/04 é mais um deles.

V. Dos entraves criados pela legislação para o pagamento dos precatórios

20. Com a promulgação da Lei 11.033/04 foram criadas novas exigências para o pagamento dos precatórios oriundos de decisões judiciais, outra medida tomada pelo legislador brasileiro a onerar o contribuinte de maneira injustificada e inconstitucional.

Com efeito, o artido 19 da Lei dispõe: "O levantamento ou a autorização para depósito em conta bancária de valores decorrentes de precatório judicial somente poderá ocorrer mediante a apresentação ao juízo de certidão negativa de tributos federais, estaduais, municipais, bem como certidão de regularidade para com a Seguridade Social, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e a Dívida Ativa da União, depois de ouvida a Fazenda Pública.

21. Excluídos dessa exigência estão apenas os créditos de natureza alimentar, inclusive os honorários

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

advocatícios e aos créditos de valor igual ou inferior a quarenta vezes o salário mínimo vigente.

22. Kiyoshi Harada, em parecer elaborado a pedido da Ordem dos Advogados do Brasil ensina: “o dispositivo sob comento afronta, não só, o artigo 100 e parágrafos da CF ao inovar os requisitos para satisfação do precatório judicial, como também, violenta o artigo 2º da CF ao interferir na prestação jurisdicional em sua fase final, que é a da efetivação da jurisdição, impingindo ao Judiciário um desprestígio maior como se já não bastasse o estigma da morosidade que, por si só, compromete a credibilidade de sua atuação”.

23. O Supremo Tribunal Federal, manifestando-se recentemente sobre o assunto, tomou a seguinte posição: “O Supremo Tribunal Federal, tendo presentes os postulados constitucionais que asseguram a livre prática de atividades econômicas lícitas (CF, artigo 170, parágrafo único), de um lado, e a liberdade de exercício profissional (CF, artigo 5º, XIII), de outro — e considerando, ainda, que o Poder Público dispõe de meios legítimos que lhe permitem tornar efetivos os créditos tributários —, firmou orientação jurisprudencial, hoje consubstanciada em enunciados sumulares (Súmulas 70, 323 e 547), no sentido de que a imposição, pela autoridade fiscal, de restrições de índole punitiva, quando motivada tal limitação pela mera inadimplência do contribuinte, revela-se contrária às liberdades públicas ora referidas (RTJ 125/395, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI)”.

24. Ainda: “O fato irrecusável, nesta matéria, como já evidenciado pela própria jurisprudência desta Suprema Corte, é que o Estado não pode valer-se de meios indiretos de coerção, convertendo-os em instrumentos de acertamento da relação tributária, para, em função deles — e mediante interdição ou grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional — constranger o contribuinte a adimplir obrigações fiscais eventualmente em atraso”.

25. É evidente que a função da norma ora combatida é a de simplesmente utilizar o Poder Judiciário como meio arrecadatório de tributos e não permitir que ele exerça sua função precípua que é a distribuição da Justiça.

26. Em primeiro lugar porque são exigidas certidões de tributos municipais, estaduais e federais, o que cria verdadeira ingerência entre os Poderes na arrecadação de tributos que não são de sua competência, o que é vedado pelo artigo 147 da Constituição Federal.

27. Por outro lado, há que se salientar que muitos débitos inscritos em dívida ativa são ainda impugnáveis pelos meios previstos na legislação, seja administrativa ou judicialmente, haja vista que sobre eles recai presunção apenas *iure tantum*.

28. Assim, a exigência de certidões de tributos para que se proceda ao recebimento de precatórios é constranger o cidadão a pagar hipotéticos débitos que tenha para com o Estado, ferindo o devido processo legal assegurado no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, já que é suprimido do contribuinte o direito de se defender.

VI. Do cabimento do MS contra o ato judicial

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

29. A reunião destes dois assuntos, quais sejam as exigências formuladas inconstitucionalmente pela Instrução Normativa da então Secretaria da Receita da Fazenda e as exigências inconstitucionalmente formuladas pela novel legislação que rege o pagamento de precatórios se faz porque, invariavelmente, as exigências serão em algum momento expostas ao juiz e será ele compelido sobre elas decidir.

30. No caso do pagamento de precatórios o momento processual da apresentação da exigência fica inclusive mais fácil de ser visualizado haja vista que, ao pedido de levantamento do depósito, inescusavelmente, o magistrado ira requerer a apresentação das certidões definidas na Lei 11.033/04.

31. Já na hipótese da compensação, o contribuinte, ao deparar-se com a requisição do Fisco do preenchimento do Pedido de Restituição e seu conseqüente deferimento, provavelmente se manifestará nos autos requerendo ao juiz que afaste a exigência formulada, o que poderá ser negado.

32. Nestes dois casos, em que pesem a opinião de renomados juristas, nossa opinião é a do não cabimento do agravo de instrumento para combater a decisão apontada, sendo necessária a impetração de mandado de segurança.

33. Isso porque, muito embora a causa de pedir do mandado de segurança e do agravo de instrumento sejam as mesmas, o pedido dos dois remédios processuais em muito se difere, bem como o seu cabimento processual.

34. No agravo de instrumento, em essência, requisitar-se-á que o Tribunal ad quem reforme a decisão do juízo a quo, determinando o não cumprimento das exigências.

35. Por outro lado, no mandado de segurança, requisitar-se-á ao Tribunal que afaste as exigências contidas tanto na Instrução Normativa quando na Lei 11.033, fazendo a decisão coisa julgada material que inclusive poderá ser utilizada em outros processos da mesma natureza.

36. Conforme Cleide Previtalli Cais[8]: “O mandado de segurança em matéria tributária opera como instrumento de constitucionalidade das leis, além de significar importante veículo colocado à disposição do contribuinte para questionar a validade da relação jurídica tributária” (grifo nosso).

37. Entretanto, o cerne da escolha pela via do mandado de segurança está no disposto no artigo 524, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, pelo qual o agravo será sempre retido nas decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das decisões posteriores à sentença. (grifo nosso).

38. É indubitável que nas duas hipóteses que centralizam este artigo, a decisão judicial será tomada depois de proferida a sentença, seja conferindo o direito a compensação, seja reconhecendo o direito ao crédito que será pago por precatórios. A interposição, portanto, de agravo retido que será julgado quando do oferecimento de recurso de apelação é medida inócua, haja vista que este recurso não existirá, concluindo-se, portanto, que nesta hipótese o agravo retido não teria o efeito devolutivo.

39. Portanto, não há que ser válido o argumento baseado na Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

de que faltaria ao mandado de segurança interesse de agir, vez que na legislação existiria o agravo de instrumento, já que, frise-se, pela letra do art. 524, este não seria cabível por falta de interesse de possibilidade jurídica do pedido.

40. Vale salientar, também, que tradicionalmente o agravo de instrumento é manejado na solução de questões processuais, enquanto o mandado de segurança, que historicamente já cumpriu o papel de substituto de recursos, se presta à solução de matérias iminentemente de mérito, como é o ato de autoridade posto pela lei/regulamento de efeitos concretos.

Mandado de Segurança — Impetração contra ato judicial passível de recurso não utilizado — Carência — Aplicação das Súmulas 267 e 268 do Supremo Tribunal Federal. Não se dará mandado de segurança, quando se tratar de decisão passível de recurso previsto nas leis processuais. (Mandado de Segurança n. 257.663-2 — São Paulo — 15ª Câmara Civil — Relator: Ruy Coppola — 08.08.95 — V.U.)

Mandado de Segurança — Ato judicial — Inexistência de ilegalidade flagrante do ato e ou abuso de poder do Magistrado — Remédio jurídico processual utilizado com finalidade de substituto recursal — Inadmissibilidade — Segurança denegada. Inadmissível a utilização do mandamus com finalidade de substituto recursal. (Mandado de Segurança n. 262.824-2 — São Paulo — 14ª Câmara Civil — Relator: Ruiter Oliva — 05.09.95 — V.U.)

41. Entretanto, José Rogério Cruz e Tucci[9] ensina: “desnecessário frisar que, nesta hipótese, continua tendo integral aplicação a tese pela qual é admitida a impetração de mandado de segurança contra ato judicial independentemente da interposição do recurso cabível, se evidente a ilegalidade ou abuso de poder".

42. Quanto ao cabimento do mandado de segurança contra ato judicial, Lucia Valle Figueiredo[10] ressalva: “os atos dos juízes sujeitam-se ao mandado de segurança, tanto quanto os atos dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo, uma vez que aqueles – os magistrados – são tão agentes públicos, tão autoridades, quanto estes últimos. Necessário, apenas, que o ato seja legal ou abusivo".

43. A interpretação não pode ser outra. Os magistrados, assim como os demais agentes públicos, submetem-se ao certame público, são nomeados, tomam posse, entram em exercício e seus vencimentos decorrem dos cofres públicos, sendo, então, agentes públicos na acepção da denominação.

44. O mesmo entendimento tem sido repetido na jurisprudência:

Mandado de Segurança — Ato judicial — Decisão que determina a intimação de réus, revéis, quanto ao teor da sentença — Pedido de adoção — Desnecessidade da providência — Execução da sentença, desde logo, que tem motivação plenamente justificável — Inteligência do artigo 322 do Código de Processo Civil e do artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente — Segurança concedida. (Mandado de Segurança n. 26.052-0 — São Paulo — Câmara Especial — Relator: Dirceu de Mello — 04.05.95 — V.U.)

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

45. O tema toma vertentes ainda mais interessantes se considerada a recente aprovação do Projeto de Lei 72/05 pelo Senado Federal, carente ainda de sanção presidencial, pelo qual os agravos de instrumento só seriam julgados no momento da apelação, salvo em casos de possível lesão irreparável.

46. O projeto, que alinha o processo civil com as regras existentes na Justiça do Trabalho quanto ao regramento do agravo e tem a função de diminuir o número de processos nos tribunais superiores, coloca quase um ponto final na discussão, haja vista que seria inútil a interposição do recurso. Processado de maneira retira, ficaria eternamente aguardando que o recurso principal (apelação) devolvesse sua matéria ao Tribunal, o que não acontecerá.

VI. Conclusão

45. Desta forma, por todos os argumentos anteriormente expostos, é a nossa conclusão que não apenas é cabível a impetração de Mandado de Segurança contra as exigências formuladas pela Lei 11.033/04 e IN 517 da SRF, como este deve ser o instrumento manejado em substituição ao agravo de instrumento, não cabível na hipótese.

[1] *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Hábeas Data*, 18ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997.

[2] *Curso de direito constitucional positivo*, 18ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

[3] Mandado de segurança e ação popular, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975.

[4] *Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros.

[5] *Direito Tributário*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999.

[6] *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 18ª ed., São Paulo, Malheiros.

[7] *Precatórios judiciais*. http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5007

[8] *O processo tributário*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2004.

[9] *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo-SP, 2002

[10] *Mandado de Segurança*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

Date Created
14/10/2005

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.