

O regime de precatórios e seus impactos tributários

Em tempos distantes dos atuais, nem sempre o Estado preocupava-se em arrecadar dinheiro, posto que satisfazia suas necessidades com a requisição de bens ou serviços. Desse modo, se o Estado quisesse abrir uma estrada requiritava escravos para a execução da obra (requisição de serviço) ou se caso necessitasse de alimentos para o rei e a corte, mandava o recolhimento de colheitas e animais (requisição de bens), despreocupando-se com o interesse individual dos súditos.¹

Todavia, com a ascensão de camadas populares, o avanço dos direitos e garantias fundamentais, aliada a tecnologia, a liberdade pessoal só pode ser tocada por expressa disposição constitucional, surgindo a consagração de direitos civis de 1ª dimensão e assim, limitando a atuação Estatal pelo direito (constitucionalismo).² Esse refreamento do Estado em face do cidadão ganhou contornos com o constitucionalismo moderno, também chamado de constitucionalismo social, ideia surgida no século XX, pouco antes do fim da 1ª guerra mundial.³

Neste diapasão, a classe trabalhadora passou a exteriorizar riqueza e adquirir patrimônio, o que fez com que o Poder Público utilizasse de técnicas impositivas de expropriação de valores, baseadas na realização de fatos, que uma vez praticados por particulares geram o dever de pagar tributo, gerando arrecadação para o erário, a fim de, não só gerir toda a máquina pública, mais dentro desse contexto, cobrir a despesa pública.

A despesa pública, como bem salienta Aliomar Baleeiro⁴, possui duas definições. A primeira trata do “conjunto dos dispêndios do Estado, ou de outra pessoa de direito público, para o funcionamento dos serviços públicos”. Noutra norte, é a aplicação de certa quantia em dinheiro por parte de autoridade ou agente público competente, dentro duma autorização legislativa, para execução a cargo do governo.

¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de direito financeiro. 7ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.450.

² NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Editora método, 2012, p.23.

³ Ibidem, p.28. O constitucionalismo moderno teve fundamento no empobrecimento brutal de classes operárias, agravamento das desigualdades sociais, os quais fizeram camponeses a exigir do Estado uma atuação não só para a proteção das liberdades individuais como também para a garantia de direitos relacionados ao trabalho, à educação e a assistência aos hipossuficientes.

⁴ ibidem, p. 65.

A despesa possui expressa vinculação constitucional (art.212, CRFB/88)⁵ e como toda a despesa, além de ter respaldo constitucional ou no mínimo legal, necessariamente deve gerar benefício ao Poder Público, seja como aumento patrimonial ou como retribuição a um serviço prestado, sob pena de serem consideradas “irregulares, lesivas ou não autorizadas as despesas que não atendem as arts.15, 16 e 17 da LRF. Notadamente, a presunção de lesividade não pode ser vista unicamente sob o aspecto da irregularidade ou somente em desrespeito aos requisitos exigidos pelos dispositivos citados, mas sim a “combinação de Lesividade acrescida à irregularidade que dá causa à nulidade⁶”.

No entanto, há despesas públicas que não podem ser enquadradas de forma ordinária, haja vista a sua origem e imprevisibilidade, razão pela qual incapazes de serem enquadradas no orçamento de maneira corrente. Também não são tidas como despesa extraordinária, dada a impossibilidade de calcular seu valor exato ou quando deverá ser pago. Certo é que todo ano tais despesas farão parte do gasto/dispêndio que o governo terá que suportar para quitar dívidas as quais a fazenda pública, por provocação do particular, se viu condenada e obrigada a indenizar: são os chamados precatórios judiciais.

Os precatórios tem sua origem no século XIX trazido pelo direito processual civil⁷, que provém da (precatória de vênias)⁸, procedimento surgido para requisitar ao Poder Público recursos para o pagamento de indenizações em que a fazenda pública foi condenada, já que diante da indisponibilidade (inalienabilidade⁹) de bens públicos, impera a impenhorabilidade dos mesmos, em razão do Princípio da continuidade do serviço público, que no caso específico de pessoas de direito público, em hipótese alguma pode sofrer penhora de bens para a satisfação do crédito do exequente.¹⁰, podendo até mesmo a constrição alcançar bens privados, desde que afetados ao serviço público¹¹.

⁵ A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de, op. Cit., p.756.

⁷ ABRAHAM, Marcus. Curso de direito financeiro Brasileiro. 4ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Forense, 2017, p.227.

⁸ art.41 do Decreto nº 3.084/1898.

⁹ Art. 100 do Código Civil: Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2015, p.603 e 604.

¹¹ Informativo de jurisprudência do STF nº 404; STF Pleno, RE 220.906/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14.12.2002.

Visivelmente atrelado ao Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, nesse caso interesse público secundário, na afirmação de Rafael Oliveira¹², “é o interesse do próprio Estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações, ligando-se fundamentalmente à noção de interesse do erário, implementando por meio de atividades administrativas instrumentais necessárias para o atendimento do interesse público primário, tais como as relacionadas ao orçamento...”

Diante de tais limitações administrativas, o precatório terá seu processamento dirigido pelo art.100 e ss, CRFB/88. Por óbvio, não é difícil perceber a vantagem exagerada que o Poder Público possui em detrimento dos seus administrados, onde situações são criadas para impedir a concretização da fase satisfativa de crédito do exequente contra o Estado ou pelo menos protelar ao máximo o cumprimento das suas obrigações.

Um exemplo clássico, visto por alguns como inconstitucional¹³, por ferir a duração razoável do processo (art.5º, LXXVIII, CRFB/88), é a impossibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública prevista no art.2º-B, da Lei 9.494/97. Resta cristalino que tal Lei foi direcionada para beneficiar os cofres públicos, evitando que despesa pública com o pagamento de precatório seja mobilizada em desfavor do erário buscando maior espaço de prazo possível a sua apresentação até 1º julho, pagos no exercício seguinte (art.100, § 5º CFRFB/88). Embora alguns autores¹⁴ só admita a execução contra a fazenda Pública com base em sentença transitada em julgado, segundo o qual, a partir da EC nº 30/2000, tornou-se inviável a execução provisória contra o ente Público (art.534 do CPC¹⁵). É que uma vez inscrito o precatório, o crédito passa a integrar o orçamento e uma possível reversão da execução com pagamento já feito ao credor, faria com que o Poder Público tomasse outras medidas alternativas, encarando outros anos de litígio. Esse risco naturalmente possui impacto orçamentário no futuro da administração pública. Em sentido contrário, o STJ vem flexibilizou esse entendimento, permitindo a execução contra a Fazenda Pública (de títulos executivos judiciais), inclusive se a execução foi promovida antes da entrada da EC nº 30/2000 e também a execução iniciada até a fase de embargos (RESP 331.460/SP, 1ª Turma, Rel.Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.12.2005)

¹² Ibidem, p.35.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme et al. Novo curso de processo civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum, Vol II. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2015, p.1042.

¹⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda pública em juízo. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2014, p.391.

¹⁵ Código de Processo Civil: Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo:

Embora o pagamento do precatório, regra geral, teria que ser de forma única (de uma só vez), em tempos remotos o art.33 do ADCT¹⁶ permitiu o parcelamento de precatórios em prestações anuais em até 8 anos, sendo posteriormente copiado pelo art.78 do ADCT, prevendo a possibilidade de parcelamento de precatório por 10 anos, não bastasse o art.97 do ADCT (incluído pela EC nº 62/2009) que permitiu o parcelamento por 15 anos, criando uma espécie de regime especial de pagamento, dispositivo de lei que foi declarado integralmente inconstitucional pelo STF (ADIs 4.357 e 4.425) por violação a cláusulas pétreas, garantia do acesso a justiça, separação dos poderes e violação à autoridade da coisa julgada.

Alguns autores¹⁷ acreditam que a EC nº 62/2009 poderia ter trazido benefícios significantes para o orçamento, quando a referida emenda supramencionada, introduziu a “compensação do precatório”, procedimento que seria capaz de proteger e prestigiar o crédito público. A compensação¹⁸ se daria toda vez que a Fazenda Pública, ao providenciar o pagamento do precatório junto ao credor, percebesse que o mesmo possuísse débito perante a Administração Pública respectiva, de modo a abater o valor do débito do próprio precatório. Desse modo, otimizaria a recuperação de crédito da Fazenda desconsiderando os entraves judiciais necessários para que o Poder Público buscasse seu crédito da maneira ordinária, qual seja, através da execução fiscal – Lei 6.830/90. Esse procedimento prestigiaria os Princípios da Efetividade, Eficiência sem dizer do respeito a moralidade administrativa guiada pela diretriz da eticidade¹⁹.

Todavia, esse não foi o pensamento visualizado pelo STF, que declarou inconstitucional os §§ 9º e 10 do art.100 da CRFB/88, ao argumento de que tal mecanismo violaria a autoridade da coisa julgada, a segurança jurídica, o desprezo ao devido processo legal e não menos a separação de poderes. Na mesma direção, o STF entendeu inconstitucional o §§15 e 16 do art.100 CRFB/88, conjuntamente com todo o art.97 ADCT (regime especial de pagamento), que tais dispositivos ampliariam de forma subversiva, por

¹⁶ 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.

¹⁷ ABRAHAM, Marcus. Curso de direito financeiro Brasileiro. 4ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Forense, 2017, p.234.

¹⁸ Código Civil: Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

¹⁹ REALE, Miguel. O Projeto do Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 1999, p.8.

mais 15 anos, o cumprimento de sentença judiciais com trânsito em julgado em face do Estado, já outrora prorrogado por 10 anos, quando da EC nº 30/2000²⁰.

Inegavelmente, a compensação de precatórios possui grandes reflexos na seara tributária. O art.156, II do CTN²¹ permite a compensação tributária como solução para a extinção do crédito tributário, aliado ao fato de que o art.170 do CTN²² exige, em respeito a legalidade tributária, que a compensação se dê por Lei. Como o CTN é *ex legem*, lei que define normas gerais que deverão ser observadas pelos demais entes da federação, caberia a cada Ente legislar sobre compensação disciplinando seu cabimento²³. Neste limiar, o STJ já possuía entendimento predominante no sentido de que só caberia a compensação de precatório se houvesse lei disciplinando a matéria²⁴, apesar da 1ª turma do STJ haver posição minoritária enxergando de outro modo²⁵

Ainda mais repugnante, é a situação criada pela EC nº 62/2009, no § 11 do art.100 CRFB/88, foi a possibilidade de permitir o credor leiloar seus créditos de forma reversa, (em favor da Fazenda Pública), em deságio. Adotando-se essa premissa, o Estado violaria o Princípio da moralidade (art.37, caput CRFB/88), pois sendo o “Estado-devedor, coage seu credor a vender-lhe seu crédito representado por precatório, por meio de um leilão e pelo critério do maior deságio”²⁶. No mínimo a hipótese em comento poderia se caracterizar coação moral²⁷, na modalidade (vis compulsiva²⁸), embora não havendo violência, o credor sentiria temor suficiente para perturbar seu espírito entregando seus créditos à venda, (que tanto sofreu e esperou por anos para se ver reparado), com deságio absurdamente alto, hipótese que não guarda qualquer equilíbrio econômico entre o credor e o Estado-devedor.

Ainda que a coação restasse ultrapassada, um leilão de créditos realizado entre Estado-devedor e credor com valor tacanho, aproveitando muitas vezes o estado de

²⁰ ABRAHAM, Marcus. Curso de direito financeiro Brasileiro. 4ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Forense, 2017, p.236.

²¹ Código Tributário Nacional: Art. 156: Extinguem o crédito tributário. Inciso I: a compensação.

²² Código Tributário Nacional: 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.

²³ LEITE, Harrison. Manual de direito financeiro. 6ª Ed. Salvador: Editora Juspodivum, 2017, p.355.

²⁴ STJ: AgRg no RESP1196680/RS; RESP 1192662/RS.

²⁵ RMS 26.500/GO.

²⁶ Disponível em:[jus.uol.com.br/revista/autor/kiyoshi-harada]. Acesso em:12.12.2017.

²⁷ Código Civil: Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, parte geral.Vol.1.16ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva

vulnerabilidade econômica do credor/exequente, poderia, em tese, configurar a “lesão”²⁹ (*laesio enormis*³⁰), “sendo um prejuízo resultante da desproporção existente entre prestações de um determinado negócio jurídico, em face do abuso da inexperiência, necessidade econômica ou leviandade de um dos declarantes”³¹.

Inegavelmente, o precatório possui reflexo nas execuções fiscais, na medida em que é possível dar em garantia direitos e ações. Sendo o precatório um direito e ao mesmo tempo um crédito³², com função de garantia de dívida, pelo pode ser apresentado pelo contribuinte como bem passível de penhora, observada a ordem de penhora consoante (art.11, VIII da Lei 6.830/80)³³. Assim, pode o contribuinte, na tentativa de garantir o juízo para embargar a execução, indicar o crédito que possui perante a Fazenda Pública. Aliás, o STJ permite a penhora de precatório, independente de precatórios da mesma entidade devedora³⁴, tendo a Fazenda discricionariedade para aceitar ou não a indicação do crédito (precatório) ou sua substituição no curso da execução fiscal³⁵.

O regime especial de precatórios instituído pela EC nº62/2009 STF, deveria prevalecer, até que fosse editada lei complementar que trataria da matéria, não fosse, antes disso, a decisão do STF nas ADIs nº 4357 e 4425. A ideia foi de vincular de parte da receita líquida corrente dos Entes que estão em atraso com o pagamento de precatório, de maneira que tais valores deveriam ser depositados em conta especial criada para este fim sob a guarda e fiscalização do STJ³⁶. Como o procedimento de pagamento dado pela EC nº62/2209 previa o parcelamento por 15 anos, configurando o calote constitucional pelo Poder Derivado Reformador em não quitar as dívidas em dia, curiosamente, mas em outra saída, o STF promoveu a modulação de efeitos que de forma indireta (atuando como legislador positivo) “parcelou por 5 anos” o pagamento de todos os precatórios, criando novo prazo, contados a partir de 1º de janeiro de 2016, apresentados até 1º julho, com efeitos prospectivos para até 2020, tudo em respeito ao art.100,§ 5º CRFB/88³⁷.

²⁹ Código Civil: Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

³⁰ Ibidem, p.413. Com raízes no Direito Romano, mas precisamente de origem Justiniana. Bastaria que em um contrato de compra e venda houvesse desproporções nas prestações, se estas fossem superior à metade do preço justo.

³¹ Ibidem, p.412.

³² ROSA JR. Luiz Emygdio. Títulos de crédito. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007: “Crédito é a troca de prestação atual por prestação futura”.

³³ Lei 6.830/80. Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem: Inciso VIII - direitos e ações.

³⁴ ERESP 881014/RS.

³⁵ Súmula 406 STJ: A fazenda pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatório.

³⁶ LEITE, Harrison. Manual de direito financeiro. 6ª Ed. Salvador: Editora Juspodivum, 2017, p.366.

³⁷ Idem, p.366.

É sabido que o art.5º, § 1º da LRF³⁸ reitera o Princípio da Universalidade, já estabelecido no art.165, § 5º da CRFB/88, impondo que todas receitas e “despesas”, sejam elas mobiliárias ou contratuais, devem estar previstas em Lei, abrangendo, neste caso, o precatório, como dívida pública. Uma vez que o precatório é indenização (exceção), deve por isso, ser excluída das despesas com gasto de pessoal (art.19, §1º LRF), assim como do limite ao teto aduzido pelo art.38 do ADCT³⁹, sendo União (50% de despesas de gastos com pessoal), Estados, DF e Municípios (60% de despesas de gastos com pessoal).

Certamente este conflito entre Estado e contribuinte não terminará por aqui. Recentemente, por meio da EC nº 94/2016, foi resgatado o tema “pagamento de precatórios”, só que agora, vinculando a receita corrente líquida sob um novo conceito, fazendo com que dentro da RCL fosse incluso também os royalties de petróleo, o que não era previsto no conceito de receita na LRF (art.2º, IV⁴⁰), logicamente é mais restrito, por ser lei especial, do que o conceito de receita corrente líquida previsto no art.100, §§17 e 18, ambos da CRFB/88⁴¹.

³⁸ Lei de Responsabilidade Fiscal (101/2000): Art. 5º O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar. § 1º Todas as despesas relativas à dívida pública, mobiliária ou contratual, e as receitas que as atenderão, constarão da lei orçamentária anual.

³⁹ ADCT:Art. 38. Até a promulgação da lei complementar referida no art. 169, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão despender com pessoal mais do que sessenta e cinco por cento do valor das respectivas receitas correntes. Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, quando a respectiva despesa de pessoal exceder o limite previsto neste artigo, deverão retornar àquele limite, reduzindo o percentual excedente à razão de um quinto por ano.

⁴⁰ LRF: Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como: Inciso IV - receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos.

⁴¹ Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009): § 18. Entende-se como receita corrente líquida, para os fins de que trata o § 17, o somatório das receitas tributárias, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de contribuições e de serviços, de transferências correntes e outras receitas correntes, incluindo as oriundas do § 1º do art. 20 da Constituição Federal, verificado no período compreendido pelo segundo mês imediatamente anterior ao de referência e os 11 (onze) meses precedentes, excluídas as duplicidades, e deduzidas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 94, de 2016)