

- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1994, v.7.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LACOMBE, Américo Masset. Contribuição previdenciária: natureza jurídica. *Revista Jurídica Lemi / Parte Especial*, junho de 1982.
- LEAL, Antonio Luis da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MARTINS, Ives Gandra. *Sistema tributário nacional na Constituição de 1988*. 2ª ed., atual. aum. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MELO, Eduardo Soares de. *Contribuições sociais no sistema tributário*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. A sentença trabalhista e o efeito anexo condenatório das contribuições previdenciárias. *Síntese Trabalhista*, 157:24-43, jul. 2002.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1961*. São Paulo: RT, 1967, t. II.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Ruy Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: RT, 2002.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1.
- ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Universitária, 1970.
- RUPRECHT, Alfredo J. *Direito da seguridade social*. São Paulo: LTr, 1996.
- SARINEN, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SPAGNOL, Werther Botelho. *As contribuições sociais no Direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- _____. *Curso de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 6ª ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Controvérsias sobre a Constitucionalidade do Art. 19 da Lei 11.033/04

*Danilo Ribeiro Miranda

Foi submetido à análise da Divisão de Consultoria em Matéria Tributária questionamento quanto à compatibilidade da previsão inserta no art. 19 da Lei 11.033/04 com o nosso sistema jurídico. Reside a relevância do tema não só nas inúmeras decisões conflitantes de que se tem notícia no âmbito da 1ª instância jurisdicional, mas principalmente em razão de o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ter proposto a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3453-7, distribuída em 31 de março de 2005, visando a atacar o dispositivo em espécie.

Segundo atesta a petição inicial, na ADI supracitada, a exigência de CNP para o pagamento de precatórios representaria condição não prevista no art. 100 da Constituição Federal, afirmando-se ainda na exordial que tal dispositivo feriria a coisa julgada, afrontando o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. Ao final, alega que haveria violação ao princípio da isonomia.

*Procurador federal, chefe da Divisão de Consultoria em Matéria Tributária da Procuradoria-Geral Federal e presidente do IBDPrev. – Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário.

Esse é o quadro que foi submetido à nossa apreciação e que demanda análise a partir da redação do artigo atacado, que assim dispõe:

Art. 19 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.

A norma, que condiciona o pagamento de precatórios à inexistência de débitos junto à União, Estados e Municípios (presumivelmente, aqueles nos quais resida o credor), bem como com a Previdência Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, extrai seu fundamento de validade de preceito do Código Tributário Nacional que estipula que “a lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa” (art. 205, CTN), diante do qual se defrontam duas correntes: uma que entende serem taxativas as hipóteses, previstas pelo CTN (arts. 191, 192 e 193), para exigência de CND, e outra que sustenta que a lei ordinária poderia ampliar os casos em que seria feita tal exigência.

Desse ponto parte a nossa análise.

Cumprе salientar, inicialmente, que a interpretação estritamente gramatical do art. 205 do CTN esbarra na sua má redação, havendo, inclusive, quem queira sustentar que se regula aí tão-somente a forma de comprovação de quitação e não as hipóteses em que se faria tal exigência, como se pudéssemos dissociar uma coisa da outra. Considerar-se-ia exceção, ademais, o que sempre foi a regra – a exigência de CND – ficando sem resposta a questão de como seria provada a quitação de tributo se não por certidão.

Entretanto, como explica José Oswaldo de Souza, o que o CTN estabelece é que, “sendo exigível, por outras leis, ou por lei tributária, a prova de quitação, a mesma lei que fizer a exigência de quitação pode prescrever a certidão negativa como a forma de provar a quitação.” (Crédito Tributário, *in Tratado de Direito Tributário brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, p. 288).

Na mesma linha, Leandro Paulsen, Juiz Federal em Porto Alegre (*Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*, 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 1.272), corroborando com a tese ora esposada, entende que “decorre tanto do texto do art. 205 do CTN como da própria Constituição Federal a conclusão de que o Poder Público só poderá exigir a apresentação de CND para a prática de determinado ato se houver *previsão legal específica* nesse sentido.” (grifou-se)

E tanto foi o intuito do legislador complementar atribuir à lei ordinária a tarefa de estabelecer outros casos em que seja necessária comprovação de inexistência de débito que o art. 207 do CTN utiliza-se da expressão “independentemente de disposição legal”, como a dizer que a lei só não poderá exigir naquela hipótese a Certidão Negativa de Débito.

Contudo, não devemos olvidar que o tema merece de nós um olhar mais detido, que vá além da simples extração do sentido de suas palavras. Exige-nos, aliás, confronto com o próprio Texto Constitucional, na medida em que sua caracterização como norma geral em matéria tributária (art. 146, inciso III, CF) ou como questão a ser tratada pelas respectivas entidades tributantes (art. 24, inciso I, CF), expressão da autonomia administrativa decorrente do regime federativo, é que permitirá revelar melhor a correção de nosso raciocínio.

De fato, é sob esse enfoque que Hugo de Brito Machado tenta afastar a conclusão para a qual temos apontado, ao afirmar que as normas dos arts. 191, 192 e 193 do CTN são “pertinentes ao crédito tributário, matéria que, por força do disposto no art. 146, inciso III, alínea *b*, da vigente Constituição, situa-se no campo privativo das leis complementares.” (*Curso de Direito Tributário*, 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 240).

Razão não assiste ao ilustre doutrinador, no entanto.

Destaca a Constituição Federativa do Brasil, logo em seu art. 1º, o fato de vivermos em uma República Federativa, concebida como um pacto entre entes autônomos, entendida autonomia como “a capacidade das ordens jurídicas parciais gerirem negócios próprios dentro de uma esfera pré-traçada pela entidade soberana” (Uadi Lammêgo, *Constituição Federal anotada*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 74), o que, de resto, já se encontra consagrado no art. 18 da Carta Magna.

Em face desse elemento essencial da organização política-administrativa do Estado Brasileiro, que deu ensejo à repartição de competências delineada nos arts. 21 a 25 e 30 da Constituição Federal, Roque Antônio Carrazza afirma que “a Lei Magna conferiu aos Estados um amplo campo de ação, dentro do qual podem mover-se sem outros limites que os derivados da autonomia da União, dos Municípios e do Distrito Federal, além, é óbvio, dos decorrentes dos *direitos individuais e sociais e suas garantias*.” (*Curso de Direito Constitucional Tributário*, 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 125).

Não é por outra razão que o art. 25 da Lei Suprema estipula que os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, sendo-lhes reservadas as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição.

É por isso que Paulo Carrazza, com sua habitual acuidade, afirma que a lei complementar, “mesmo a pretexto de veicular ‘normas gerais em matéria de le-

gislação tributária' (art. 146, III, da CF), também não pode se imiscuir no modo pelo qual os Estados cuidarão da criação e arrecadação dos tributos de suas competências." Assim, como leciona o consagrado autor (ob. cit. p. 753-755 e 767):

Para bem entendermos este art. 146, temos, pois, que partir das premissas de que o Brasil é uma Federação (art. 1º da CF), em que os Estados, os Municípios e o Distrito Federal desfrutam de ampla autonomia político-administrativa (arts. 18, 25, 29, 30 e 32, da CF), legislando, concorrentemente, inclusive em matéria tributária (art. 24, I, da CF). Também não podemos ignorar o art. 24, § 1º, da Lei Suprema, que só permite que a União, "no âmbito da legislação concorrente" estabeleça *normas gerais*. Ora, *normas gerais* são justamente as que valem para *todas* as pessoas políticas, aí incluída a própria União. Nunca normas peculiares, que só valham para os Estados, os Municípios ou o Distrito Federal.

Se a lei complementar tributária referida no art. 146 do Diploma Magno não apontar os *nortes* da Constituição, perderá, por completo, a razão jurídica de existir e, destarte, a ninguém poderá obrigar, muito menos aos legisladores das pessoas políticas, para os quais deve apenas dar orientação, e não fundamento de validade.

Assim, proclamamos, desde agora, que tal lei complementar só pode explicitar o que está implícito da Constituição. (...) Para além destas angustas fronteiras, o legislador complementar está arrogando-se atribuições que não lhe pertencem e, deste modo, desagregando princípios constitucionais que deve acatar, máxime os que concedem autonomia jurídica às pessoas políticas no que concerne à decretação e arrecadação dos tributos de suas competências.

(...)

Deveras, o art. 146 da CF, se interpretado sistematicamente, não dá margem a dúvidas: *a competência para editar normas gerais em matéria de legislação tributária desautoriza a União a descer ao detalhe*, isto é, a ocupar-se com peculiaridades da tributação de cada pessoa política. Entender o assunto de outra forma poderia desconjuntar os princípios federativo, da autonomia municipal e da autonomia distrital.

Não é dado, porém, a esta mesma lei complementar entrar na chamada "economia interna", vale dizer, nos assuntos de peculiar interesse das pessoas políticas. (Grifou-se)

E não há questão que possa ser mais específica, mais estritamente ligada à economia interna, aos interesses das respectivas entidades federativas, enfim, à autonomia concedida aos entes federativos pelo Texto Constitucional, do que a definição das hipóteses em que será exigida Certidão Negativa de Débito.

Ora, não há, nem pode haver, qualquer interesse da União em exigir a quitação de tributos estaduais ou municipais para celebrar contrato ou aceitar proposta em concorrência pública (art. 193, CTN), de tal modo que, sabedor dessa circuns-

tância, restringiu o legislador a exigência à “Fazenda Pública interessada”. Por esta razão não se poderia impedir que o legislador estadual ou municipal permitisse a contratação do ente federativo que representa com quem lhe deve ou mesmo que delimitasse um limite de débito aceitável, se assim considerasse conveniente.

Norma desse teor, estritamente relacionada aos interesses de cada entidade, somente pode ser entendida à luz da competência concorrente prevista no art. 24, inciso I, da Constituição Federal, frente ao qual, em consonância com o art. 146, inciso III, a competência da União estará restrita a aspectos gerais, sendo-lhe vedado descer a detalhes.

Desse modo, ainda que, com muita dificuldade, extraíssemos do disposto no art. 205 do Código Tributário Nacional uma vedação ao alargamento das hipóteses em que o ente poderia exigir CND, teríamos que reconhecer que, por não se tratar de regra que contenha a generalidade necessária à garantia da autonomia dos entes federativos, pode ela ser alterada pela legislação ordinária, *status* com o qual estas normas foram de fato recebidas.

Afastada qualquer contrariedade com o art. 146, inciso III, do CTN (que, aliás, não foi, justificadamente, alegada pelo Conselho Federal da OAB), resta-nos destacar que a instituição de outros casos em que se exija a comprovação de quitação de tributos encontra limitações de outra vertente. Sem dúvida, “a lei será inconstitucional se implicar cerceamento da liberdade e exercício da atividade econômica, ou propiciar ao fisco a cobrança de tributo sem o devido processo legal, vale dizer, sem a apuração em regular processo administrativo, e sem o uso da via própria, que é a execução fiscal” (Hugo de Brito Machado, *A exigência de Certidões Negativas*, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, 40, janeiro/99).

Em face desses ensinamentos doutrinários, concordamos que seria do mesmo modo inconstitucional a exigência de CND que contrariasse o art. 5º, inciso XXXVI, ou o art. 100 da Constituição Federal, como se sustenta da ADI proposta. Em tal vício, no entanto, não incorre o art. 19 da Lei 11.033/04, como pretendemos demonstrar.

Mister se faz ter em mente, quanto a este aspecto do problema, que qualquer concepção refratária à idéia de que um devedor não poderia deixar de pagar seu credor quando este tem uma dívida com terceiro, a não ser que este se valha de uma ação judicial e venha a penhorar o crédito em questão, é uma sistemática privatística, de cunho eminentemente individualista, que a lei ordinária pode perfeitamente afastar.

É o que o artigo em exame fez, com a finalidade de adequar essa sistemática ao Regime Público, como a dizer que não será mais indiferente para os demais entes públicos a dívida que seu credor porventura tenha com a União ou com a

Previdência Social, por exemplo. E isso especialmente por que a dívida que se tem com um ente público não é igual a uma dívida que se tem com um indivíduo, porque aquela representa, ao contrário, uma dívida com toda a sociedade.

Trata-se, enfim, de uma aplicação necessária do princípio da supremacia do interesse público, que, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, “é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele (...). Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.” (*Curso de Direito Administrativo*, 11^a ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 55)

Não se está aqui a querer defender simplesmente a ultrapassada dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, mas, sim, identificarmos a gênese dessa nova sistemática, permitindo-nos compreender o alcance do dispositivo. Afinal, como demonstrou Alfredo A. Becker, “uma definição, qualquer que seja a lei que a tenha enunciado, deve valer para todo o Direito; salvo se o legislador expressamente limitou, estendeu ou alterou aquela definição ou excluiu sua aplicação num determinado setor do Direito” (*Teoria Geral do Direito Tributário*, 3^a ed., São Paulo: Lejus, 2002, p. 123).

Logo, ao impor a Lei 11.033/04 a necessidade de que se comprove a inexistência de dívida com os entes ali indicados, e especialmente com a Previdência Social, permitiu o legislador que a entidade pública credora pudesse se valer de mais esse meio para a satisfação de seu crédito, promovendo de imediato a penhora daqueles valores e possibilitando o levantamento do valor que eventualmente supere o devido.

Não há nisso qualquer violação à coisa julgada.

A coisa julgada restringe-se ao “que é devido” e “se é devido”, não servindo para afastar a obrigação que todos têm de pagar suas dívidas. Aliás, fosse verdade essa assertiva, teríamos de considerar também inconstitucional o art. 741, inciso VI, do Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade de se alegar a compensação superveniente à sentença em sede de embargos.

É bom ressaltar que, havendo um início de constrição sobre o patrimônio do indivíduo, estamos diante de uma forma de expressão da auto-executoriedade, atributo do ato administrativo que permite ao Poder Público compelir *materialmente* o administrado, sem precisar buscar previamente as vias judiciais, para impor o cumprimento de algum dever legal, o que é possível quando representar condição indispensável à garantia do interesse público ou *quando a lei expressamente o prever* (Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit. p. 298 e 300).

Tampouco há violação ao devido processo legal, que já foi observado no procedimento de lançamento, com a constituição definitiva do crédito tributário, valendo-se registrar, como salienta Celso Antônio, que “a excoutoriedade não deixa o administrado ao desabrigo de proteção jurídica, pois pode-se sempre recorrer ao Poder Judiciário tanto para *impedir preventivamente* sua utilização quanto para sustar a medida executória aplicada” (ob. cit., p. 300), nos casos em que, evidentemente, não se observar os limites da lei.

A essas razões, some-se, nas hipóteses em que o ente responsável pelo pagamento do precatório seja ele próprio titular de um crédito junto ao beneficiário, que a possibilidade de compensação de tais créditos afasta completamente a pretensão do titular do precatório.

Como ficou consignado em nota técnica na qual se apreciou a viabilidade jurídica do instrumento criado pela IN INSS/DC 100 denominado “operação concomitante”:

Para se compreender o fundamento dessa norma, deve-se perceber que o regramento estabelecido pelo art. 89, referente à compensação em benefício do contribuinte, somente se justifica pelo fato de serem necessárias algumas limitações essenciais para a preservação do interesse público. É o que ocorre com a limitação de 30% por competência, que visa garantir o equilíbrio mensal das contas públicas, evitando a paralisação de qualquer serviço público em prol de um interesse puramente pecuniário.

Dessa forma, não socorre ao particular nenhum interesse público apto a infirmar a regra geral estabelecida nos arts. 368 e seguintes do Código Civil, localizado no título I do capítulo III do livro I, sob a rubrica “do pagamento”, sendo, portanto, um fato e não um negócio jurídico. (...)

Ora, não sendo necessário consenso para se efetuar compensação nem entre os particulares, nem entre o contribuinte face à Fazenda Pública, tendo o Superior Tribunal de Justiça reconhecido que o contribuinte pode optar pela restituição ou compensação do valor que lhe é devido (REsp 202176/PR, REsp 225300/PR, REsp 227020/RS, REsp 221563/SP, REsp 216374/PR, REsp 210554/PR, REsp 210649/PR, REsp 227090/RS, AgReg no REsp 154610/PE, EDcl no REsp 223351/RS e AgReg no REsp 227083/RS), não há como se sustentar que a Fazenda Pública, em posição de supremacia, necessite dessa anuência. (Grifou-se)

Note-se que se chegou a conclusão semelhante em estudo que fizemos sobre a cessão de precatórios e sua utilização no pagamento de créditos tributários:

(...) perfeitamente possível a compensação de créditos da Fazenda Pública face ao contribuinte (assim como é possível a compensação de créditos do sujeito passivo contra a Fazenda Pública prevista no art. 170 do CTN), o que se pode extrair da lição de Hugo de Brito Machado (ob. cit. p. 195 e 196):

“Diversamente do que estabelecia o velho Código de 1916, no vigente Código Civil foi estabelecido que as suas normas referentes à compensação aplicam-se às dívidas fiscais e parafiscais (art. 374). Essa disposição foi revogada pela Medida Provisória 75, de 24/10/02, rejeitada pelo Congresso Nacional, mas foi novamente revogada pela Medida Provisória 104, de 09/01/03. (...) nada justifica a revogação, pois nada justifica que seja atribuído à Fazenda Pública um tratamento diferenciado em suas relações obrigacionais com os cidadãos. (...) A compensação é um direito inerente às relações obrigacionais. Seu regramento pertence ao Direito Civil, ou Direito comum, e não ao Direito Tributário, ou especial. (...) 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 um 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.”

Possível, portanto, a compensação de créditos tributários com créditos a serem restituídos pelo INSS, quer a iniciativa parta do contribuinte (...), quer parta a iniciativa da autarquia previdenciária (...). Em qualquer caso, note-se, *isso independeria da anuência da outra parte.* (Grifou-se)

São todos esses motivos que nos levam a afirmar que não há qualquer violação ao art. 100 da Constituição Federal, visto que essa norma não foi criada com a finalidade de transformar o precatório em um direito creditício intangível, eximindo seu titular de suas obrigações, mas, sim, impor para obediência à ordem de sua apresentação. Não poderia nem deveria a Constituição cuidar de obviedades, repetindo o velho aforisma: quem deve tem que pagar.

E isso é sobejamente importante em se tratando de débitos junto à Previdência Social, cuja inexistência também deverá ser comprovada, nos termos do art. 19 da Lei 11.033/04, no momento do pagamento de precatório judicial.

Ora, elevado o equilíbrio financeiro da Previdência Social ao patamar de princípio constitucional (art. 201, *caput*, CF), pelo qual os Poderes Públicos e toda a sociedade são responsáveis (arts. 194 e 195, CF), não poderia ser, realmente, doutro modo. Tanto é assim que nossa Carta Magna permitiu-se estabelecer uma única hipótese de exigência de CND em que o interesse na regularidade fiscal seria tão elevado que mereceria proteção constitucional – justamente na tutela do crédito previdenciário (art. 195, § 3º, CF).

São estas as razões que justificam e evidenciam a compatibilidade do art. 19 da Lei 11.033/04 com a nossa ordem constitucional, sem se prescindir do incontestável interesse público consubstanciado na norma em apreço.