

Bloqueio e desbloqueio do fundo de participação dos Estados e Municípios – direito de retenção da Fazenda Pública

Walney A. Diniz

Sumário

1. Introdução. 2. Do compromisso político na CRFB. 3. Dos requisitos processuais para suspensão da exigibilidade do crédito tributário. 4. Da interpretação normativa. 5. Da suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

1. Introdução

Ultimamente o tema em epígrafe tem ganhado foros de espécie relevante no meio jurídico, nos tribunais e, ainda que incipientemente, na doutrina, por causa de certa perplexidade quanto às exigências legais autorizadas do levantamento da retenção dos créditos da Fazenda Pública, ou seja, qual ou quais os instrumentos legais têm o condão de conferir o direito ao desbloqueio do FPE ou FPM, e ainda, principalmente, porque o entendimento em processo de cristalização por parte dos órgãos arrecadadores, naturalmente subsidiado pelo setor jurídico respectivo, é o de que não basta que a pessoa jurídica de direito público interno na condição de inadimplente adentre os pórticos do Judiciário brandindo Embargos do Devedor na Execução Fiscal ou, ainda, a ação desconstitutiva do débito fiscal, sem qualquer garantia de instância ou fora dos casos legais que suspendem a exigibilidade do crédito tributário.

O bloqueio do FPM ou FPE, atualmente, tem seu assento constitucional no art. 160, parágrafo único, que por sua vez foi alterado pela Emenda Constitucional nº 3/93

Walney A. Diniz é Procurador do INSS em Minas Gerais.

para incluir ali a inadimplência para com as autarquias daqueles entes estatais ali referidos como situação autorizadora à retenção.

Anteriormente a isso, o art. 57 do ADCT previu, como forma de remediar o rombo do sistema previdenciário, ou mais explicitamente o calote oficial de Estados e Municípios para com a Previdência Social, o parcelamento de seus débitos em condições especialíssimas se cotejadas com a cobrança dos débitos dos demais inadimplentes.

Do disciplinamento ali constante, vê-se que a retenção de créditos pela Fazenda Pública *versus* Fazenda Pública já continua, desde a sua primeira versão na Constituição Federal, mecanismos de garantia muito mais rígidos do que os atuais, a fim de assegurar o cumprimento do acordo de parcelamento, pois, no parágrafo 3º do artigo citado, havia a obrigatoriedade dos Estados e Municípios consignarem, em seus respectivos orçamentos, as dotações orçamentárias necessárias para o pagamento das parcelas do acordo, em perfeita simetria com as normas orçamentárias relativas à União (art. 165 e ss. da CRFB). Porém, não deve passar despercebido que a obrigatoriedade da consignação não tinha só a finalidade de adequar a operação às normas orçamentárias, mas, sobretudo, como diz o texto, “em garantia do cumprimento do parcelamento”, vale dizer, revestia-se de verdadeira natureza assecuratória dos direitos do credor, partindo-se da premissa de que toda execução é verdadeiramente real.

O parágrafo 4º do mesmo artigo prescrevia, aqui sim, a retenção do FPE ou FPM quando descumprida qualquer das condições do parcelamento. Mas não só isso. Previa também, e isso é relevante para a conclusão a que se quer chegar, a apropriação, por parte da Previdência Social, dos montantes bloqueados, num verdadeiro ato de seqüestro constitucional da quantia retida.

Editadas as leis previdenciárias, após a Constituição Federal de 1988, conforme previa o art. 59 do ADCT, veio o bloqueio dos fundos regulados no art. 56 da Lei 8.212/91

e art. 91 do Decreto 612/91, que cuidavam do custeio dos planos previdenciários, os quais permanecem inalterados até hoje.

Vale lembrar que tais Diplomas, para regular o custeio previdenciário e seus temperamentos, tiveram sua origem no art. 195, *caput* c/c art. 59 do ADCT, portanto, afinados com o princípio da supremacia da Constituição e ombreado com outro princípio, qual seja o da compatibilidade vertical do ordenamento jurídico, de nascedouro lá em Kelsen, e passando ao largo da necessidade de virem consignados em lei complementar. Logo, a regulamentação infraconstitucional dessa matéria, como se vê, tem lugar por meio das leis ordinárias previdenciárias.

2. Do compromisso político na CRFB

De ver-se, portanto, que o disciplinamento primevo do bloqueio dos fundos mencionados, como tratado no ADCT, era muito mais rigoroso, vez que hoje somente pode ter validade o ato que impede o recebimento daquela cota constitucional, mas não a apropriação por parte do credor.

Lógico que não há razão, portanto, em acoimar-se a medida de abusiva, malgrado a sua descarada índole constitucional, o que implicaria manifesta incompatibilidade de termos (“medida constitucional abusiva”), ou mesmo de draconiana, visto que, em passado recente, o constituinte foi bem menos complacente e mais incisivo na forma de assegurar o recebimento do que efetivamente devido à Fazenda Pública.

Também entra em cena o fato conhecido de as regras para o parcelamento dos débitos tributários da Fazenda Pública para com autarquias ou para com outras pessoas jurídicas de direito público serem imensamente mais benevolentes quanto à aplicação dos juros, da multa, do período do parcelamento, do valor das parcelas, etc.

Logo, não se olvidou o legislador de proteger o ente público, principalmente porque, de acordo com o arranjo constitucional na constelação federalista, não interessa a ninguém a insolvência de qualquer deles, assim como importa igualmente, e com a mesma

intensidade, assegurar os recursos financeiros para que a Fazenda Pública, aqui englobados entes estatais e autarquias, possam fazer caixa.

Tanto é verdade o afirmado no tópico retro que, no bojo mesmo da Constituição, constata-se que o legislador tratou de remediar a indigesta medida, abrindo ensanchas para que os vitimados pela cobrança indireta pudessem negociar de uma forma toda especial, i. é, vinculando parcelas de suas receitas próprias ou do Fundo de Participação Constitucional repassadas periodicamente para adimplir suas dívidas para com a União. É esta a literalidade do art. 167, § 4º, da CRFB:

§ 4º - É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 155 e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, *a e b*, e II, para prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para como esta.

De notar de especial nesse dispositivo que, novamente se refere à possibilidade única de os entes federados vincularem suas receitas em favor da União, numa roboração incontestada da priorização de garantia aos débitos da União.

Ainda nesse tom, mister notar que uma outra regra constitucional revela também a mesma técnica adotada pelo Constituinte para obrigar um membro da Federação ao repasse de verbas a outro. De perfil drástico e excepcional a medida vertida no art. 34, inc. V, "b" (muito mais rigorosa que o bloqueio do FPM e FPE), a intervenção Federal é admissível quando o Estado-membro deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas pela Constituição. Nota-se, portanto, que o bloqueio constitucional, assim como a medida interventiva, muito mais rigorosa, por sinal, indica alternativa encontrada pelo Constituinte para forçar o recebimento por quem de direito, em se tratando de pessoa jurídica de direito interno, de receitas qualificadas pela sua destinação constitucional - manutenção de atividades do Estado.

Indicativo também de que o Constituinte atribuiu grande importância ao repasse dos Fundos de Participação, ganhando contornos de medida excepcional o bloqueio dos mesmos, é a norma vazada no art. 166, § 3º, em que se nota a preocupação em proteger esses recursos da emenda ao projeto de lei do orçamento anual que tendesse a suprimir ou reduzir as transferências tributárias constitucionais para Estados e Municípios.

Temos, portanto, que a opção política do Constituinte foi muito clara em dar primazia para os créditos que a União tenha que receber dos seus congêneres e isso se justifica na medida em que os recursos da União é que são chamados a arcar de forma mais abrangente e em maior montante quanto à manutenção de diversas atividades típicas do Estado, como por exemplo se vê no art. 211, § 1º, art. 198, parágrafo único, art. 192, § 2º, da CRFB e outros.

Revestindo-se de norma que detém o caráter de fundamental opção política, índole própria apenas de algumas regras constitucionais, mormente de forma mais pronunciada naquelas que disciplinam o inter-relacionamento dos Entes Estatais, o bloqueio dos créditos de Estados e Municípios consubstancia indiscutível inclinação para assegurar os créditos de quem, numa ordem federalista, encarrega-se da maior responsabilidade de distribuição de receitas.

Assim é que, deplorável ou não, o mecanismo atualmente estabelecido de escoamento das receitas auferidas pelo Poder Fiscalizador Tributário Geral, vale dizer receita originária, privilegia a União que, por sua vez, vê-se também responsável, ainda que indiretamente, pelas mazelas financeiras dos seus coligados entes federais.

3. Dos requisitos processuais para suspensão da exigibilidade do crédito tributário

Não obstante o já declinado acima, muitas vezes o Estado ou o Município, quando notificado, esgotadas as vias recursais administrativas sem êxito, e vendo-se citado

na forma do art. 730 do CPC, mesmo sem requerer o parcelamento de seus débitos, interpõe Embargos do Devedor ou ainda ação anulatória do débito fiscal com pedido de liminar para suspender a exigibilidade do crédito tributário tão-somente porque o mesmo consubstancia *res in judicio deducta*.

Vimos ponderar, portanto, sobre a base legal e a conveniência administrativa a legitimar que a autarquia venha a desbloquear o FPM, tendo em vista que o artigo 585, § 1º, do CPC estabelece que *a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executório não inibe o credor de promover-lhe a execução*.

Ora, se “a propositura de qualquer ação” não inibe a execução é porque o crédito continua exigível durante os Embargos do Devedor, salvo exceção da garantia prevista na Lei. Se continua exigível o crédito, decorre que também seja válida a constrição de origem constitucional. É a única conclusão aceitável, sem ferir-se a lógica do sistema. A regra geral é esta, que a propositura de qualquer ação não inibe a cobrança judicial; cabe, entretanto, agora sim, ver-se quais as exceções em que o crédito fica suspenso.

Para raciocinar-se em cima da legislação que nos é posta, a qual é omissa, não disciplinando o bloqueio e o desbloqueio do FPM, precisamos referir-nos a situações semelhantes a essa, para, ao final, chegarmos a uma posição concludente.

Portanto, começamos referindo-nos a situação em que os embargos são apresentados, e, mesmo assim, os atos constritivos da execução não são suspensos, ou melhor, não são desfeitos pelo juiz.

O efeito que art. 739, § 1º, do CPC confere aos Embargos do Devedor é suspensivo da *Execução*, e naturalmente dos atos judiciais tendentes a consumir a expropriação coercitiva (hasta pública/licitação) e/ou com poder mandamental para fins de obrigar a fazer ou não fazer determinado ato, conforme o objeto da execução.

De ver-se, porém, que os atos judiciais de natureza constritiva consubstanciados

na própria execução ou aqueles atos tendentes a forçar o adimplemento da obrigação proveniente de título executivo judicial ou extrajudicial, até a interposição dos embargos do devedor *não são suspensos e nem tampouco são desfeitos* com a interposição dos mesmos. Permanecem no limbo da Execução, por assim dizer, num estado de expectativa quanto à discussão do débito.

É de reparar-se, também, que a lei que regula os Embargos do Devedor no caso de execução feita pela Fazenda Pública – Lei 6.830/80 – também não contém nenhum dispositivo que albergue a idéia de suspensão ou desfazimento dos atos constritivos, muito pelo contrário, dicciona que “não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução”, tentando sempre e sempre resguardar o direito do Credor a obter o adimplemento da obrigação.

Verdadeiramente, a intenção do legislador trabalhou nesse sentido que indicamos, tanto assim que o art. 622 do CPC também pugna: “O devedor poderá depositar a coisa, em vez de entregá-la, quando quiser opor embargos”.

No mesmo sentido, vale observar no artigo 737 do CPC, que a *ratio legis* é no sentido muito claro de apenas suspender o curso da ação, mantendo, todavia, a salvaguarda das garantias permitidas em lei ao credor, que goza, evidentemente, de posição processual e material muito mais privilegiada.

“Art. 737 – Não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o Juízo: I – pela penhora, na execução por quantia certa;”

Nesse passo, é de se indagar se o teor do artigo 739, § 1º, do CPC autorizaria a suspensão não só do feito executivo, mas também da constrição legítima, autorizada pela nossa CFRB, via do artigo 160, parágrafo único.

Se nem mesmo os atos judiciais constritivos são suspensos pelos embargos, que é a “defesa por excelência” do devedor, muito pelo contrário, prescrevendo o Legislador ordinário que os mesmos constituem condições de procedibilidade

para os Embargos, por qual razão deveria a retenção do FPM ser também suspensa?

Assim como na suspensão do processo executivo em que já foi feita a constrição judicial, representada pela penhora, obsta-se apenas aos atos alienativos pelo credor, a retenção dos Fundos de Participação também, quando suspensa a execução, não importa em alienação nem levantamento de depósito (o que não se deu no parcelamento previsto no art. 59 do ADCT, em que a Fazenda Pública apropriava-se da quantia retida).

Poder-se-ia argumentar que, no caso da Fazenda Pública, torna-se impossível garantir o Juízo para fins de liberar a mesma da medida imposta.

Inobstante, é de se ver que o sábio constituinte previu forma peculiar de reter créditos de uma Fazenda Pública contra outra Fazenda Pública, o que é uma forma excepcional de compensação, e que a esse tipo de retenção *não se referiu, em nenhum momento, para regulamentar a forma de seu desvencilhamento por parte da Administração Pública (isto é, não há disciplinamento legal que cuide do desbloqueio do FPM)*, a não ser, evidentemente, por meio da quitação do débito, seja ele integralmente ou parcelado.

É patente que o legislador, no caso, relegou a matéria disciplinadora do bloqueio e desbloqueio do FPM ou FPE à égide das vicissitudes processuais, numa verdadeira omissão intencional. De tal natureza é a técnica legislativa constitucional, às vezes, como preleciona o famoso constitucionalista J.J. Gomes Canotilho, *in Direito Constitucional*, Ed. Almedina, Coimbra, pág. 238, *in verbis*:

“É que, como se disse, a lacuna pressupõe necessariamente uma incompletude contrária ao plano regulativo constitucional, mas pode dar-se o caso de ser a própria constituição a deixar intencionalmente por regular certos domínios da realidade social ou a remeter a sua disciplina normativa para o legislador (liberdade de conformação legislativa).”

É de sabença geral que, onde o legislador não distinguiu, não cumpre ao intérprete distinguir, ou mais grave: cometer inovação legal.

E mais: sendo medida de índole excepcional, descabe dizer que, por analogia, poderiam ser aplicadas as normas relativas à expedição da Certidão Negativa de Débito, por exemplo. É curial que não se usa de analogia em sede de normas excepcionais, muito menos para dispor de direito público (direito a reter o FPM ou FPE), que, por natureza, é indisponível. Todavia, como verá o leitor, no presente artigo, muitas vezes referir-se-á à semelhança do tratamento dispensado à CND, porém em caráter apenas argumentativo.

Inclusive, quanto ao uso possível do efeito integrador da analogia, caso superado o óbice acima indicado, insta ver que, em direito tributário, a mesma só não é de uso quando implicar relação aos elementos constitutivos da obrigação ou, ainda, em favor do contribuinte. Todavia, em relação ao direito tributário formal, não haveria o empecilho de utilizar-se a analogia para o caso estudado, visto que o analisado aqui é o efeito suspensivo atribuído ao questionamento judicial quanto ao débito que ocasionou o bloqueio do Fundo, portanto de fundo adjetivo e não substantivo.

Nesse passo é de ver-se que, nos quadrantes da nossa tessitura jurídica, existem outros tipos de retenção como forma de forçar o adimplemento. Em alguns casos tendo em vista a hipossuficiência da parte credora, em outros casos devido à essencialidade e imperiosidade das atividades do credor, que estão a ensejar garantias mais eficientes para perceber rapidamente seus créditos.

Assim é que vemos a retenção de quantias pelo construtor, no caso de inadimplência do executor da obra de construção civil junto à Seguridade Social (art. 30, inc. VI, da Lei 8.212/91); a retenção pelo arrendador das benfeitorias feitas no imóvel rural por causa de créditos não percebidos junto ao

arrendatário rural (Decreto 59.566/66 c/c art. 95, VIII, do Estatuto da Terra); a retenção do contratante de serviços de quantias devidas ao prestador de serviços, no caso de inadimplência para com a Seguridade Social, quando aquele for executado solidariamente (art. 31, § 1º, da Lei 8.212/91); a retenção das cotas dos fundos partidários quando não houver, por parte dos Partidos Políticos, prestação de contas ou sua desaprovação (Lei 9.693/98, de 27-7-98, art. 3º); a retenção prevista no Código Civil – arts. 516, 517, 806, 808 – e muitos outros tipos de retenção.... todos com um ponto só em comum: o devedor só se desvencilha da retenção das quantias seqüestradas quando pagar o que deve.

A analogia, se se quiser aplicar, dever-se-ia reportar, portanto, aos casos supracitados, em que o devedor deve efetivamente pagar ou novar a dívida para que possa receber o bem retido.

Ademais, no caso de expedição de CND, mesmo para os entes estatais, vige a regra de que, *dispensada a garantia, remanesce ainda a necessidade do parcelamento do débito* – art. 85, inc V c/c § 2º do Decreto 2.173/97 – Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social. Sendo assim, por que abrir mão do bloqueio do FPM sem que o Município ou o Estado tenha ao menos parcelado o débito?!

O art. 92 do Decreto 2.173/97 – ROCSS dispõe ainda que, para os fins de receber as transferências constitucionais (FPM ou FPE), deverão os Municípios e Estados comprovar que *estão adimplindo regularmente o parcelamento deferido pelo art. 149 do Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social, aprovado pelo Decreto nº 356/91, com a redação dada pelo Decreto 612/92.*

Ora, se assim é: QUE SE BLOQUEIA o FPM ou FPE com vistas a garantir o adimplemento relativo ao *parcelamento deferido anteriormente*, por que razão haveria o Instituto de ignorar a necessidade de se exigir o parcelamento de um débito plenamente exigível para os fins de permitir o desbloqueio

do FPM?! Fere a coerência interna mais elementar do referido regramento pensar diferente.

O parágrafo segundo do artigo 85 do Decreto 2.173/97 – ROCSS também dita que, para fins de receber “benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios do Poder Público”, não será exigida a garantia de DÍVIDA INCLUÍDA EM PARCELAMENTO de qualquer entidade privada ou pública, eis que ali não se distingue qualquer uma delas. *Destarte, força é convir, mediante raciocínio a contrario sensu, que a dívida para a qual não se exige garantia é aquela que foi parcelada. Logo, se o devedor parcelar o débito poderá ser permitido o levantamento do bloqueio do FPM.*

Aliás, isso é o mínimo que se exige para fins de obtenção da CND. Logo, com relação ao FPM, evidentemente que não haveria razão de pensar-se diversamente, tendo em vista que tanto a exigência da CND como a retenção do FPM, expedientes emanados da própria Constituição (arts. 195 e 160 respectivamente), são formas de obrigar empresas privadas e também o Poder Público a quitar seus débitos junto à Previdência.

Nesse ponto, é de se notar também que de muito o entendimento a respeito do bloqueio do FPM direciona-se no sentido de que, para liberá-lo (liberar o bloqueio), é preciso, no mínimo, parcelar a dívida tributária, o que se convola em verdadeira novação da dívida ou moratória, nos termos do art. 151 do CTN.

Veja-se, por exemplo, no art. 57 do ADCT, especialmente conjugando-se o seu *caput* com o parágrafo 4º e aplicando um raciocínio a *contrário sensu*,

Art. 57 do ADCT – “Os débitos dos Estados e dos Municípios relativos às contribuições previdenciárias até 30 de junho de 1988 serão liquidados, com correção monetária, em cento e vinte parcelas mensais, dispensados os juros e multas sobre eles incidentes, DESDE QUE OS DEVEDORES REQUEIRAM O PARCELAMENTO e iniciem seu pagamento no prazo de

cento e oitenta dias a contar da promulgação da Constituição.

(...)

§ 4º – Descumprida qualquer das condições estabelecidas para concessão do parcelamento, o débito será considerado vencido em sua totalidade, sobre ele incidindo juros de mora; *nesta hipótese, parcela dos recursos correspondentes aos fundos de participação, destinada aos Estados e Municípios devedores, será bloqueada e repassada à previdência social para pagamento de seus débitos.*”

O raciocínio invocado por nós é de sentido inverso ao estabelecido no artigo encimado, o que importa em considerar a recíproca necessariamente verdadeira: *se a falta de pagamento do parcelamento induz ao bloqueio, naturalmente que, para desbloquear-se o FPM, requer-se, no mínimo, o parcelamento da dívida.* Entender diferentemente é ferir de morte a lógica do sistema.

É este mesmo espírito que informa atualmente o Legislador, quando disciplina o bloqueio do FPM nas leis previdenciárias (art. 56 da Lei 8.212/91 e 91 e 92 do Decreto 2.173/97).

Fora o caso do parcelamento do art. 57 do ADCT, vigora a norma do art. 160, parágrafo único, da CRFB que estabelece como requisito para proceder à retenção do FPM apenas a existência de “créditos”. E o art. 56 da Lei 8.212/91 é que atualmente rege a matéria:

“Art. 56 – A inexistência de débitos em relação às contribuições devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, a partir da publicação desta Lei, é condição necessária para que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possam receber as transferências dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE e do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, celebrar acordos, contratos, convênios ou ajustes, bem como receber empréstimos,

financiamentos, avais e subvenções em geral de órgãos ou entidades da administração direta e indireta da União.”

Quanto à comparação da retenção do FPM com a retenção do salário do trabalhador ou do servidor público do ente estatal, que poderia eventualmente ser levantada, basta ver que tal medida constritiva é de ordem superior àquela descrita na norma do art. 649, inciso IV, do CPC, ou seja, foi o próprio Constituinte, no exercício e gozo de sua supremacia legal, quem disciplinou medida que suplanta a restrição feita no artigo do Código de Processo Civil. A questão aqui é de fácil dilucidação, basta reportar-se à compatibilização vertical das normas infraconstitucionais com a Lei Maior.

O princípio da estrita legalidade administrativa exige que o Administrador Público aja somente *se, quando e na forma* autorizada em lei, salvo naqueles casos em que prepondera o caráter discricionário do ato, o que não é o caso.

Indaga-se então onde estaria o autorizativo legal para abrir mão de um verdadeiro trunfo (olhando do ponto de vista da arrecadação tributária), como esse concedido diretamente pela Carta Magna. No nosso singelo entendimento, a Fazenda Pública Federal deve lutar com todas as suas forças para manter sob seu domínio (e controle) esse instrumento de valor indiscutível para a arrecadação.

Entretanto, para que não se diga que a lei ou a Constituição Federal, com relação à retenção do FPM, foi leonina, no afã de socorrer o devedor-Fazenda Pública, o legislador tem concedido parcelamentos com benesses muito superiores em relação aos demais devedores da Seguridade Social, com prazos maiores, juros menores, multas reduzidas, etc., além daquele autorizativo constitucional do art. 167, § 4º, em que se vê a possibilidade de utilização de sua receita originária para fins de cobertura do débito para com a União.

4. Da interpretação normativa

Querem alguns opor ao entendimento aqui explanado que, havendo ofensa a princípios constitucionais – ampla defesa, independência dos Poderes – alcance dos objetivos fundamentais da República (art. 3º) – indisponibilidade e inalienabilidade dos bens públicos - salvaguarda do bem-estar e a justiça social (art. 193) –, constituiria empeco sério ao bloqueio do FPM ou FPE no caso do débito estar *sub judice* porém sem garantia.

Vê-se, pois, o embate de interesses juridicamente protegidos e relevantes perante o Constituinte, a exigir uma “fórmula de compromisso”.

A questão não traz polêmica a tira-colo, sendo alguns induzidos a esta falsa conclusão, por desprezo a regras singulares de interpretação constitucional, ou mesmo por falta de discernimento a respeito da natureza diversa dos princípios constitucionais quando em relação a si mesmos.

A primeira nota a observar-se, quando do exercício da interpretação constitucional, é que do seu exercício não pode resultar direito novo e não pretendido pela letra do texto, caso evidente de usurpação das atribuições do constituinte originário. A norma constitucional sobre o bloqueio dos Fundos é silente à sua forma de desbloqueio, a não ser pelo entendimento único possível, e por exclusão, de que somente em caso de o débito ser quitado ou não ser mais exigível, mediante a aplicação, à situação, das normas próprias regulamentadoras de suspensão da exigibilidade do crédito, como já vimos anteriormente.

Entendimento fora dos casos mencionados implicaria criar um direito novo para o devedor constrangido, não previsto e nem querido pelo Constituinte. Desse teor é a lição irresponsável do mestre J.J. Gomes Canotilho (op. cit., pág. 230), *in verbis*:

“... a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém

uma regulamentação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente reconhecível da lei ou em manifesta desintonia com os objectivos pretendidos pelo legislador”.

O multicitado constitucionalista teve a argúcia também de apontar a possibilidade, não insólita, em se tratando de princípios constitucionais, da latente incompatibilidade desses princípios entre si.

“O facto de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir fenómenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais... daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma lógica do ‘tudo ou nada’, antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu ‘peso’ e as circunstâncias do caso”. (op. cit. pág. 190).

Ao tratar, por exemplo, dos direitos fundamentais, como o é o princípio-norma da juridicidade para a Administração (no caso: fazer o que a lei permite), diz que os mesmos são “direitos *prima facie*”, isto é, reconhecíveis de imediato e auto-aplicáveis. No entanto, divide-os segundo sejam possíveis de restrição regulamentadora ou não (op. cit., pág. 645/646).

No caso do bloqueio do FPM ou FPE de que tratamos, à União e suas autarquias foi conferido, inequivocamente, o direito à retenção das cotas referidas, sem qualquer restrição, contanto que houvesse crédito exigível. Todavia, mediante a aplicação das normas processuais-tributárias, objeto de lei complementar, no caso, é que se alcança o entendimento restritivo de que a exigibilidade só pode ser suspensa em casos determinados, acarretando, a partir daí, consequentemente, o desbloqueio dos Fundos.

Assim, aquele direito que era “prima facie”, segundo o mestre poderá convolar-se em definitivo ao receber regulamentação:

“A conversão de um direito *prima facie* em *direito definitivo* poderá, desde logo, ser objecto de lei restritiva, que, nos casos autorizados pela constituição, representará um primeiro instrumento de solução de conflitos.”

Portanto, já aqui teríamos uma solução à vista, para os possíveis conflitos entre os princípios mencionados acima.

Entretanto, como transcrito supra, o que é de relevância mesmo é o sopesamento dos interesses em jogo, para fins, inclusive, de dar-se primazia a um deles, utilizando-se da regra de hermenêutica constitucional denominada concordância prática ou da harmonização:

“... o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.... O princípio da harmonização ou concordância prática implica ‘ponderação’ nem sempre livre de carga política...” (op. cit. pág. 228).

Essa ponderação, conforme alerta do Constitucionalista português, *nem sempre é livre de carga política*, o que equivale dizer que, não fosse pela literalidade da letra do dispositivo constitucional que instituiu esse benefício para a União em detrimento intencional dos demais entes estatais, ainda assim seria de procurar-se no amálgama dos poderes constituídos a qual deles convém conceder a prioridade para assegurar os recursos necessários para bancar suas obrigações constitucionais, inclusive, e sobretudo, aquelas consubstanciadas no auxílio financeiro a Estados-Membros e Municípios.

Tal técnica de sopesar entre si os princípios constitucionais é o fulcro da interpretação sistemática, esta entendida como a mais eficiente para captar-se o sentido exato do texto, à qual deve ser dada, evidentemente,

preferência sobre outras existentes. No dizer de Uadi Lammêgo Bulos, *in Mutação Constitucional*, ed. Saraiva, pág. 109,

“A interpretação constitucional sistemática é acolhida com ênfase nos meios jurídicos; não que seja a única viável. Há outras – as clássicas – passíveis de utilização... principalmente nos textos constitucionais amplos, cuja extensão denuncia o dirigismo do legislador constituinte, a regulação dos dispositivos faz-se de modo incompleto, e, até, fragmentário, pois as diretivas fixam fins e programas a serem cumpridos, pelo que convém, em certos momentos, a adoção da técnica sistemática.”

Essas as nossas ponderações a respeito dos princípios constitucionais que, aparentemente, chocam-se entre si no disciplinamento do desbloqueio dos Fundos de Participação.

Todavia, vale lembrar ainda que, em termos de interpretação das normas tributárias, aquela denominada histórica também exundia a garantia do crédito pelo bloqueio dos Fundos de Participação com desvencilhamento previsto apenas pelo parcelamento da dívida ou pagamento, ou, ainda, por meio de alguma daquelas alternativas do art. 151 do CTN. É que, conforme se disse na introdução, desde o art. 57 do ADCT, com disciplinamento muito mais rigoroso, por sinal, passando pelo advento das leis previdenciárias e seus decretos regulamentadores, vê-se que a *voluntas legis* sempre foi a de garantia absoluta do crédito tributário.

A interpretação evolutiva também, no caso, tem sua vez por meio do *approach*, verificado nessa área, em que vários outros instrumentos de coação para pagamento de tributos têm sido criados pelo legislador, a exemplo da inscrição no CADIM, limitação à expedição de CND e mesmo a admissão, pelo STJ, da possibilidade de requerimento de falência pela Fazenda Pública (Revista do STJ 84/179) como forma de coagir o inadimplente a quitar seus débitos junto ao Fisco.

Por fim, passando também pela interpretação teleológica, visando obter o escopo da norma, é de levar-se em linha de conta que o aspecto mais importante, ao nosso ver, é aquele que se refere à finalidade da medida constritiva. Mas não apenas à finalidade de garantir o recebimento de um crédito tributário qualquer, mas sobretudo de um crédito qualificado, assim diríamos, porque destinado, por excelência, a assegurar, em maior medida, a manutenção do próprio Estado, visto que, em nosso sistema de distribuição de receitas, o maior encargo é, sem sombra de dúvida, da União.

Tal entendimento passa, ainda, pela consideração econômica do tributo, no dizer de Ruy Barbosa Nogueira, *Curso de Direito Tributário*, Ed. Saraiva, pág. 93, *in verbis*:

“Um aspecto importante dentro da interpretação teleológica é o da chamada consideração econômica. Especialmente no campo dos impostos, tendo em vista que estes são instrumentos de captação de riqueza, que incidem quase sempre sobre fatos econômicos por meio de categorias jurídicas, podem estas estar sendo distorcidas ou mal utilizadas com pretensões de reduzir ou elidir tributações legítimas”.

De fato, se não houver a devida consideração econômica, no caso presente, difícil será chegar à conclusão de que importa dar prevalência ao direito de retenção por parte da União (e suas autarquias) dos Fundos de Participação Constitucional dos seus congêneres com liberação apenas em caso de pagamento ou quando o crédito conte com a suspensão da sua exigibilidade.

5. Da suspensão da exigibilidade do crédito tributário

O Código Tributário Nacional – Lei Complementar nº 5.172/66, tratando da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, especificou, no art. 151, quatro situações, a saber :

- I) a moratória ;
- II) o depósito do montante integral do crédito;
- III) *as reclamações e os recursos nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;*
- IV) *a concessão de medida liminar em Mandado de Segurança.*

A combinação do artigo acima com o art. 111 do mesmo Diploma nos assegura que a interpretação do dispositivo só pode ser restritiva e literal. A jurisprudência tanto tem entendido assim que, mesmo em casos de liminares em cautelar ou ordinárias, não tem admitido a suspensão do crédito tributário, tendo em vista que a interpretação do art. 151 do CTN para o caso é estritamente literal, a teor da norma de extensão do art. 111.

Os próprios excertos jurisprudenciais acostados abaixo atestam o entendimento pretoriano nesse sentido de que as situações elencadas no art. 151 do CTN, autorizadas à suspensão do crédito tributário, constituem *numerus clausus*, pelo que, no caso entelado, não há permissivo LEGAL para suspender o crédito brandido contra a impetrante.

“Direito tributário. Certidão Negativa de Débito e Fundo de Participação dos Municípios. Crédito líquido e certo. Suspensão de sua exigibilidade. Existindo débito líquido e certo contra o contribuinte, é o bastante para obstar a concessão de certidão negativa de débito fiscal, bem como desacoller o pedido de sustação do bloqueio do Fundo de Participação dos Municípios. O ajuizamento de ação pelo contribuinte para discutir o débito não constitui causa de suspensão do tributo. A conversão de execução fiscal em ação ordinária não significa dizer que o débito seja controverso e litigioso, visto que resulta tão-somente da impossibilidade de aplicação da Lei 6.830/80 às execuções contra a Fazenda Pública.

Apelação e remessa oficial providas”

(TRF 4ª Região, R. AMS nr. 950406000-RS, Rel. Juiz João Surreaux Chagas, DJU, seç. II, de 22.05.96, p. 33.372).

(...)

“Mandado de Segurança. Ação declaratória da inexistência de débito fiscal. Ausência de depósito do montante integral. Certidão negativa de Débito. Expedição. Impossibilidade. Súmula nr. 73 – TFR. Inaplicabilidade.

1 – A propositura de ação declaratória de inexistência de débito fiscal, sem o depósito do montante integral, não tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário.

2 – Se existe débito, resta evidente o despropósito da expedição de uma certidão negativa que afirme exatamente o contrário.

3 – O enunciado da súmula nr. 73 – TRF não autoriza a certificação de uma situação jurídica inexistente, mas apenas a irrisignação do município contra a exigência do certificado de quitação ou de regularidade de situação”.

(TRF 1ª Região AMS nr. 94.01.34131-1/MG, Rel. Juiz Antônio Souza Prudente, julg. em 11.03.96).

Força é convir, portanto, que não há, na nossa espessa legislação tributária, norma que suspenda a exigibilidade do crédito simplesmente porque foi oposta ação anulatória de dívida fiscal ou mesmo embargos sem garantia.

Assim também pronunciou-se, sem discrepar, o STJ sobre a matéria:

Crédito tributário – Exigibilidade – Suspensão – Exegese.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário só é admissível, mediante depósito integral em dinheiro, nos termos do disposto no art. 151, do CTN, e § 4º da Lei 6.830/80 (sic) (STJ – Ac. unân. da 1ª turma publ. no DJ de 18.12.95, pág. 44495 – Rec. Esp. 58.229-6 SP – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – ADCOAS 8149755)

Não se justifica a irrisignação ao bloqueio do FPM ou FPE, ou ao tratamento dispensado ao contribuinte quando o débito é objeto de disputa judicial sem garantia; muito pelo contrário, há a norma do art. 585, parágrafo primeiro, do CPC a nos ensinar que o fato de o devedor ter oposto qualquer tipo de ação contra o crédito tributário não lhe retira a exigibilidade, resguardados, é claro, os casos de suspensão da exigibilidade do crédito previstos em lei, e, se assim é, forçoso reconhecer, então, que a retenção do FPM é legítima, enquanto o devedor não lançar mão de uma daquelas alternativas do art. 151 do CTN, principalmente se parcelar o débito, o que caracterizaria, à evidência, uma MORATÓRIA.

O argumento de que os bens públicos são indisponíveis não altera o entendimento acima, porquanto ainda resta ao Município ou Estado a possibilidade do depósito do montante integral, tese essa já reconhecida em vários tribunais ou, ainda, o parcelamento que suspenderia o curso da execução.

A tese de que a garantia do crédito tributário da União ou de suas autarquias, em face dos outros entes estatais, é a dotação orçamentária, via precatório, não encontra previsão legislativa, consubstanciando o art. 100 da CRFB apenas uma (aliás a única) forma de pagamento dos débitos das Fazendas, mas não subsiste a título de “garantia de débitos ajuizados”, desbordando da literalidade do texto.

Tanto assim que, se o entendimento correto fosse este (garantia do débito via orçamento), defendido alhures, não haveria porque o Constituinte consignar no parágrafo quarto do artigo 167 da CRFB que a garantia do débito para com a União pudesse ser vertido mediante a vinculação de receitas originadas de impostos e do próprio Fundo de Participação Constitucional. Aqui está, sim, gizado específica e expressamente uma forma de garantia constitucional para o caso de débito, por aquelas pessoas federadas, para com a União.

E mais: quando se admite a vinculação de receitas de impostos ou dos Fundos de

Participação de Estados e Municípios como forma de garantia em face dos débitos para com a União, é lógico que se está admitindo que a garantia se dê, de fato, pela via do orçamento, já que tais receitas acima referidas compõem o orçamento fiscal, mas não pela operação do precatório, como querem alguns.

O art. 100 da CRFB não trata de garantia, o art. 167, § 4º, trata especificamente de garantia. São as formas previstas no ordenamento jurídico para o constricto desamarrar-se do bloqueio de sua contas.

Nosso sentir é que o Constituinte previu forma excepcional de garantia para que determinados entes estatais e suas autarquias pudessem assegurar o adimplemento dos créditos vencidos contra outros entes estatais, previstos no artigo 160 da CFRB, e isso de forma extrajudicial, o que é mais importante, i. é, independentemente de pronunciamento do Poder Judiciário.

Destarte, descabe dizer que tal medida viola o princípio do contraditório e da ampla defesa, visto que a Constituição, nesse caso, como de resto em tudo o mais, limita-se ou disciplina-se a si mesma, isto é, deve-se observar que, para o caso de bloqueio do FPM, o Constituinte não previu nenhum tipo de defesa específica, a não ser aquelas medidas judiciais (várias) já previstas no ordenamento jurídico.

Todos os tópicos tratados acima, a respeito da concessão da CND, do parcelamento constitucional e o infraconstitucional dos débitos tributários, dos embargos do devedor, etc., extraem seu significado do fato de que é de transcendental importância dar àquilo que não foi contemplado expressamente pelo Constituinte o disciplinamento que lhe transmita coerência não só com o

restante da Constituição, mas também com casos similares do ordenamento jurídico.

De tal natureza integrativa é a interpretação sistemática, e exatamente aí reside sua principal virtude, em conseguir captar o espírito subliminar da norma para regulamentar casos não previstos ou extremamente complexos como este. De consequência, é de inteira pertinência a dita do emérito jurista italiano Norberto Bobbio, tão apreciado cá nestes rincões:

“Chama-se ‘interpretação sistemática’ aquela forma de interpretação que tira os seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou, mais exatamente, de uma parte do ordenamento (como o direito privado, o Direito Penal) constituam uma totalidade ordenada (mesmo que depois se deixe um pouco no vazio o que se deva entender com essa expressão), e, portanto, seja lícito esclarecer uma norma obscura ou diretamente integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado ‘espírito do sistema’, mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal” (in *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Ed. UnB, pág. 76).

Bibliografia

- CANOTILHO, J.J. Gomes. *in Direito Constitucional*, Ed. Almedina, Coimbra.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *in Mutação Constitucional*, Ed. Saraiva.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*, Ed. Saraiva.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Ed. UNB.