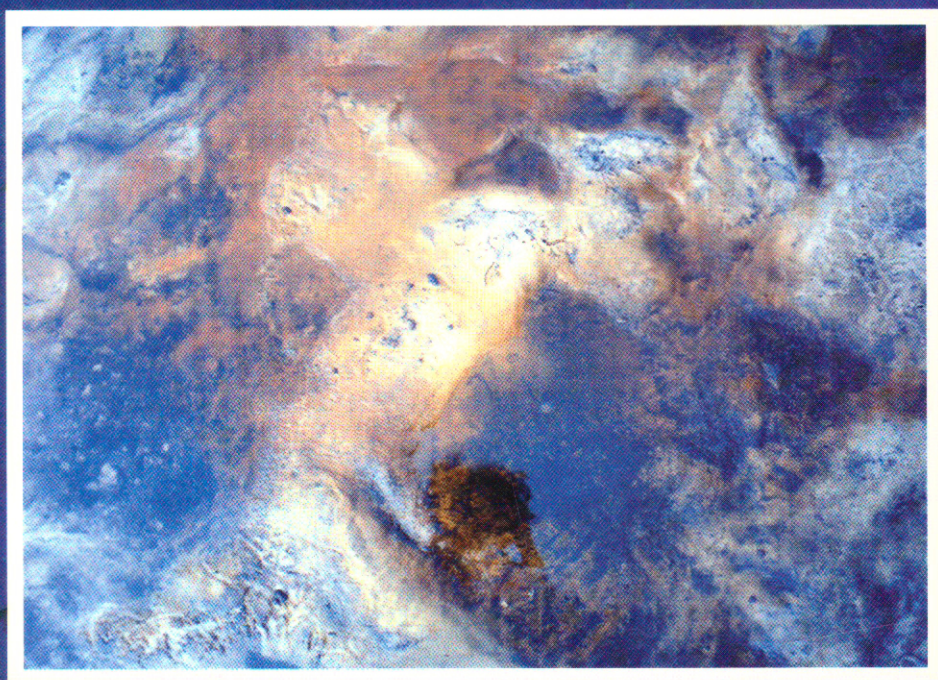


REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO



131

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO

ISSN 1413-7097

131

Diretor da Revista
Valdir de Oliveira Rocha

Diretores da Editora Dialética
Lidia Lobello de Oliveira Rocha
Valdir de Oliveira Rocha
Denise Lobello de Oliveira Rocha
Trevisan

Projeto Gráfico inicial de *Escrituras*
Editora, com alterações procedidas por
Mars e Dialética

Capa (fundo)
Detalhe da obra
"100% Azul ou Quase",
de Marola Omartem

Ilustrações de faces dos autores
Fátima Lodo Andrade da Silva

Fotolito da Capa
Duble Express

Impressão
Gráfica Palas Athena

(AGOSTO - 2006)



Neide Arcanjo
é a autora da fotografia reproduzida
em destaque na capa desta edição.

Na página inicial do *site*
www.dialetica.com.br
canto superior, esquerdo, pode-se
realizar BUSCA que possivelmente
facilitará muito a localização de textos
sobre assuntos de seu interesse.

A Editora mantém em estoque os
exemplares anteriores da
Revista Dialética de Direito Tributário.
Complete sua coleção.

Os acórdãos estampados na íntegra
correspondem às cópias obtidas nas
Secretarias dos Tribunais ou se originam
de publicações oficiais de seus julgados.
Tiragem superior a 3.000 exemplares.
Distribuição em todo o País.

Os conceitos emitidos nos textos são
de responsabilidade de seus autores.



Uma publicação mensal de
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.
Rua Sena Madureira, 34
CEP 04021-000 - São Paulo - SP
e-mail: atendimento@dialetica.com.br
Fone/fax (0xx11) 5084-4544
www.dialetica.com.br

SUMÁRIO

Doutrina

Douglas Yamashita - Incorporação às avessas: revisitando limites legais e jurisprudenciais ao planejamento tributário

I - Novas premissas do planejamento tributário. II - Incorporação às avessas caso a caso. III - Limites impostos pela simulação. IV - Limites impostos pelo abuso do direito. V - Limites impostos pela fraude à lei tributária. VI - Limite imposto na jurisprudência do STJ.

7

Gustavo Podestá Sedra - A vedação à distribuição de lucros, dividendos e bonificações pelas pessoas jurídicas em débito para com a União e sua inconstitucionalidade perante o *princípio da proporcionalidade*

I. Introdução. II. Dos direitos individuais restringidos pelo artigo 32 da Lei nº 4.357/64 e pelo artigo 52 da Lei nº 8.212/91. III. Da relatividade dos direitos individuais em face dos interesses sociais e de como esta relatividade deve importar na imposição de restrições condizentes com o *princípio da proporcionalidade*. IV. Da inconstitucionalidade do artigo 32 da Lei nº 4.357/64 e do artigo 52 da Lei nº 8.212/91. V - Para além das súmulas do Supremo Tribunal Federal.

20

Hugo de Brito Machado - Exigência de certidões negativas de débito para o recebimento de precatório - inconstitucionalidade do art. 19 da Lei nº 11.033/04

1. Introdução. 2. A exigência de certidões negativas. 3. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 4. Direito à jurisdição.

30

José Marcos Domingues de Oliveira - O conteúdo da extrafiscalidade e o papel das Cides. Efeitos decorrentes da não-utilização dos recursos arrecadados ou da aplicação em finalidade diversa

1. Os tributos e as políticas públicas. A extrafiscalidade. 2. A extrafiscalidade, as contribuições e as Cides. 3. O Sistema Tributário Nacional e as Cides. 4. Finalidade e fato gerador das contribuições. 5. Finalidade, redestinação e inconstitucionalidade. 6. A jurisprudência do STF e as perspectivas de combate à fraude constitucional. 7. Preservação da supremacia constitucional.

45

Marcelo Fróes Del Fiorentino - Importação por encomenda e o aparente benefício decorrente do abrandamento das regras de preços de transferência

I - Introdução e delimitação do tema. II - A caracterização dos "institutos jurídicos" da "importação por conta e ordem de terceiros" e da "importação por encomenda". III - O "PIS-importação" e a "Cofins-importação" no âmbito da "importação por conta e ordem de terceiros" e da "importação por encomenda". IV - A descrição das hipóteses legais que redundam na aplicabilidade das regras de preços de transferência. V - O aparente benefício decorrente do abrandamento das regras de preços de transferência em relação à "importação por encomenda" quando em comparação com as demais hipóteses de importação. VI - Conclusão.

60

Schubert de Farias Machado - Lançamento por homologação e decadência

1. Introdução. 2. Lançamento por homologação. 3. Lançamento por homologação e pagamento. 4. Da notificação do sujeito passivo como requisito de validade do lançamento. 5. Lançamento por homologação e CND. 6. Revisão do lançamento. 7. Da decadência do direito de lançar. 8. Do prazo previsto no parágrafo 4º do art. 150 do CTN. 9. Conclusões.

68

Pareceres

Ives Gandra da Silva Martins - "Leasing" de aeronaves, sem opção de compra, pactuado com investidores estrangeiros - hipótese não sujeita ao ICMS

Consulta. Resposta.

84

Exigência de Certidões Negativas de Débito para o Recebimento de Precatório - Inconstitucionalidade do art. 19 da Lei nº 11.033/04

Hugo de Brito Machado

1. Introdução

O Direito é um sistema de limites do poder. Tal concepção é interessante porque nos orienta na interpretação das normas jurídicas no sentido de nelas encontrarmos, ainda quando se trate de imposições, limitações ao exercício do poder. Na verdade, para que seja possível a convivência humana é imprescindível que ninguém tenha poder absoluto sobre os outros e a norma jurídica, ao regular o exercício do poder, exerce o importantíssimo papel de a este impor limitações.

O Estado é o maior centro de poder do mundo e como tal aqueles que se encontram no exercício do poder estatal buscam sempre meios para neutralizar os efeitos limitadores que resultam das normas jurídicas. Assim, a própria submissão do Estado ao Direito ainda não chegou e talvez nunca chegue a ser completa. E os governantes sempre buscam fórmulas, aparentemente ou sob certos aspectos legítimas, para o fortalecimento dos poderes dos quais se encontram investidos, esquecidos talvez de que exercem o poder apenas durante algum tempo e quando substituídos nos cargos que ocupam passarão a ser vítimas de seus próprios ardis. Fórmulas que na verdade negam, ou amesquinham significativamente, os direitos assegurados pela ordem jurídica contra o Estado.

Nessa linha de comportamento, os governantes sempre criaram dificuldades para a satisfação dos direitos que o Poder Judiciário reconhece ao indivíduo contra o Estado. Exemplo disto temos no não-cumprimento, puro e simples, de decisões judiciais, e em fórmulas diversas utilizadas para adiar esse cumprimento. Exemplo notável disto temos no art. 19, da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, a dizer que 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,



Hugo de Brito Machado

é Professor Titular de Direito Tributário da UFC e Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários - ICET.

o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e a Dívida Ativa da União, depois de ouvida a Fazenda Pública.

Essa exigência, determinada mediante lei ordinária, viola o texto constitucional, como já afirmado pelo menos por dois Tribunais Regionais Federais. E não é só. Mesmo por emenda constitucional não pode ser determinada porque implica negar o próprio direito à jurisdição. Mas a compreensão do que estamos aqui afirmando depende de melhor entendimento de questões atinentes à própria Teoria Geral do Direito. Aliás, temos sustentado e aqui voltaremos a insistir nesse ponto, a compreensão adequada de qualquer questão jurídica depende do conhecimento dos conceitos fundamentais utilizados tanto na Teoria Geral do Direito como na definição dos direitos fundamentais.

A importância da elaboração doutrinária é indiscutível e tem sido negligenciada especialmente em face da inflação legislativa que vem destruindo, infelizmente, o próprio efeito didático da jurisprudência. Na verdade, doutrina e jurisprudência se completam na tarefa de viabilizar a efetividade do Direito, que indiscutivelmente não se faz apenas pela obra do legislador. Obra que se revela praticamente inútil quando entendida apenas à luz de seu elemento literal.

A importância dos princípios jurídicos na compreensão do alcance de regras da Constituição, e das leis, tem de ser ressaltada. Temos de inverter a tendência de considerarmos, como infelizmente temos feito, que a supremacia constitucional é simplesmente retórica que não se nega na escola, nem nos compêndios, mas não é posta em prática, é desprovida de efetividade à míngua de compreensão adequada dos princípios e dos conceitos jurídicos.

Consciente dessas questões e com o propósito de enfrentá-las, vamos examinar neste pequeno estudo a questão da exigência, prescrita pelo art. 19 da Lei nº 11.033/04, das certidões nesta norma mencionadas.

2. A Exigência de Certidões Negativas

2.1. Art. 19 da Lei nº 11.033/04

O art. 19, da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, estabelece que 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.

2.2. Inconstitucionalidades já apontadas

2.2.1. Pelo TRF da 4ª Região

A Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por maioria, declarar a inconstitucionalidade do art. 19, da Lei nº 11.033/04, em julgado que tem a seguinte ementa:

“Arguição de Inconstitucionalidade - art. 19 da Lei nº 11.033/2004 - Violação ao art. 100 da Constituição, à Garantia Pétrea do Respeito à Coisa Julgada e aos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

1. O art. 19 da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, ao condicionar o levantamento de valores de precatório judicial, ou a autorização para seu depósito em conta bancária, à apresentação de certidão negativa de tributos federais, estaduais, municipais, e certidão de regularidade para com a Seguridade Social, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e a Dívida Ativa da União, padece de inconstitucionalidade por ofensa ao art. 100 da Constituição de 1988 e aos princípios do *devido processo legal*, da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*.

2. O art. 100 da Constituição regula exaustivamente o pagamento por precatório, estabelecendo (§ 1º) a obrigatoriedade da inclusão da verba necessária no orçamento das entidades de direito público e sua consignação (§ 2º) diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequianda *determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito*, não restando espaço para que o legislador ordinário crie quaisquer restrições ao cumprimento dessa ordem. Tais restrições, em derradeira análise, acabam por violar a *coisa julgada*, cuja efetividade é protegida pelo art. 100 da Constituição.

3. As restrições criadas pelo art. 19 da Lei nº 11.033/2004 violam o princípio da proporcionalidade porque são *desnecessárias* ao atingimento de seus fins, uma vez que a Fazenda já detém suficientes instrumentos de garantia de seus créditos, entre os quais a compensação, o arresto e a penhora, o arrolamento de bens e a medida cautelar fiscal, além de ser desarrazoado exigir do credor que prove à Fazenda que nada lhe deve, através de certidões que devem ser expedidas pela própria Fazenda.

4. Fere o princípio do devido processo legal condicionar a realização do direito do credor, já consagrado por decisão judicial trânsita em julgado, após o trâmite de processo em que foram observados o contraditório e a ampla defesa, a formalidades destinadas a proteger créditos fazendários *não submetidos a igual procedimento*.¹

Como se vê, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu ser inconstitucional o art. 19, da Lei nº 11.033/04, porque: (a) contraria o art. 100 da CF/88, ao formular exigências nele não contidas; (b) ofende a coisa julgada, cuja efetividade é protegida pelo mesmo dispositivo constitucional; (c) viola o princípio da proporcionalidade porque formula exigências *desnecessárias* à proteção dos créditos da Fazenda que já detém suficientes instrumentos de garantia; (d) ofende o princípio da razoabilidade, ao exigir do credor que prove à Fazenda que nada lhe deve, através de certidões a serem expedidas pela própria Fazenda; e, finalmente, (e) fere o princípio do devido processo legal quando condiciona a realização do direito do credor, já consagrado por decisão judicial trânsita em julgado, após o trâmite de processo em que foram observados o contraditório e a ampla defesa, a formalidades destinadas a proteger créditos fazendários *não submetidos a igual procedimento*.

2.2.2. Pelo TRF da 5ª Região

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região também declarou a inconstitucionalidade do mesmo art. 19 da Lei nº 11.033/04, em julgado que tem a seguinte ementa:

“Constitucional. Processual Civil. Administrativo. Arguição de Inconstitucionalidade em Mandado de Segurança. Exigência de Regularidade junto à Fazenda Pública. Precatório. Art. 19 da Lei nº 11.033/2004.

¹ TRF da 4ª Região, Corte Especial, maioria de votos, AI nº 2005.04.01.017909-2/RS, DJU 2 de 12.04.2006, p. 88.

- O art. 100 da Constituição Federal exauriu o disciplinamento dos precatórios judiciais, sendo expresso ao remeter ponto específico da matéria à regulamentação por lei ordinária. Daí por que quaisquer incrementos nesse tocante, sobretudo os que imponham restrições aos direitos decorrentes do texto constitucional, só podem vir ao mundo jurídico através de emendas constitucionais.

- Os fundamentos jurídicos que deram ensejo às Súmulas de nºs 70, 323 e 547 do STF encaixam-se perfeitamente à hipótese, em que a sanção política não se materializa no estorvamento à mercancia, mas na perda da efetividade da prestação jurisdicional.

- O art. 19 da Lei nº 11.033/2004 rivaliza-se com os princípios constitucionais do amplo acesso à Justiça e da independência e harmonia entre os Poderes da República à medida que as exigências ali previstas findam por criar duas classes de jurisdicionados, para uma das quais, sem que se assegure o contraditório e a ampla defesa, restam destituídas de efetividade as prestações jurisdicionais que condenam em obrigação de pagar a fazenda pública.

- Desborda das balizas da razoabilidade exigir-se certidões de regularidade de entes estatais desvinculados da Fazenda Pública contra a qual se emitiu ordem de pagamento.

- Segue possível a cobrança dos créditos públicos através de execuções próprias no bojo das quais se pode reivindicar a penhora, inclusive, de valores constantes de precatórios judiciais.

- Reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 19 da Lei nº 11.033/2004, que estatuiu novas exigências à liberação dos depósitos oriundos de precatórios judiciais.

- Acolhimento da arguição de inconstitucionalidade.”²

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por seu turno, também afirmou a inconstitucionalidade do art. 19, da Lei nº 11.033/04, entendendo que esse dispositivo legal: (a) ofende o art. 100, da Constituição Federal, ao formular exigências nele não contidas; (b) consubstancia sanção política, configurando hipótese idêntica às que deram lugar às Súmulas nºs 70, 323 e 547 da jurisprudência do STF; (c) rivaliza-se com os princípios constitucionais do amplo acesso à Justiça e da harmonia e independência entre os poderes da República, à medida que as exigências nele previstas findam por criar duas classes de jurisdicionados, para uma das quais, sem que se assegure o contraditório e a ampla defesa, restam destituídas de efetividade as prestações jurisdicionais que condenam a Fazenda Pública em obrigação de pagar.

2.2.3. Considerações em torno dessas inconstitucionalidades

Não temos dúvida de que o dispositivo legal em questão realmente é de flagrante inconstitucionalidade. A violação do art. 100 poderá, em tese, ser superada por emenda constitucional que venha a alterar aquele dispositivo, incluindo entre as exigências ali previstas a apresentação das certidões em referência. A violação da coisa julgada, por seu turno, é ofensa que diz respeito apenas aos casos julgados antes do início da vigência do questionado dispositivo, sendo a inconstitucionalidade, portanto, de natureza transitória.

São, todavia, evidentes e insuperáveis os conflitos entre o dispositivo em tela e os princípios constitucionais. Tanto com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que podem ser vistos sob diversos ângulos, com desdobramentos que

² AI no MSPL nº 91.364/CE, rel. Desembargador Federal César Carvalho, julgada em 15.03.2006.

podem ser apontados com terminologia diversa, como se vê nos julgados acima transcritos, como com o princípio do livre acesso à Justiça, ou da garantia da Jurisdição.

3. Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade

3.1. *Reação ao formalismo jurídico*

Há alguns anos se vem notando nítida reação ao formalismo jurídico. Em outras palavras, há alguns anos os juristas se mostram cada vez mais convencidos da insuficiência do elemento formal do Direito para alcançar o objetivo essencial deste, vale dizer, a ordenação da conduta humana e em especial o estabelecimento de limitações ao poder. O elemento formal permite sempre duas ou mais interpretações das normas, de modo que se impõe a consideração valorativa capaz de apontar soluções inspiradas nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que apontam para o ideal de justiça.

Essa reação ao formalismo se faz necessária para evitar um círculo vicioso criado pela atitude dos que o prestigiam. Os formalistas acreditam que a norma jurídica é suficiente em si mesma. Prescinde de qualquer consideração apoiada nos princípios e despreza o raciocínio jurídico, ou lógico-jurídico, preferindo a regulação casuística, do que decorre um emaranhado de normas que cresce em progressão geométrica, tornando inevitável as incongruências, posto que se faz praticamente impossível o conhecimento de todas elas. E, o que é pior, inibe a capacidade de formulação do raciocínio jurídico, ensejando a proliferação de dispositivos legais que albergam verdadeiras obviedades.

Impõe-se, portanto, vigorosa reação ao formalismo jurídico. Reação que se vê, felizmente, em muitos jovens juristas que têm contribuído para a formulação doutrinária do Direito, prestigiando especialmente os princípios, cuja força normativa defendem com inteira propriedade, buscando lições valiosas dos mestres, desde a Grécia antiga até o século passado, extraindo o que há de melhor mesmo na doutrina dos chamados positivistas normativistas para compor a doutrina jurídica moderna. É o que se vê, por exemplo, no interessante texto de Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcanti Ramos Machado, sobre as contribuições no sistema tributário brasileiro, no qual, depois de incursões na doutrina de mestres como Kelsen, Karl Larenz, Ronald Dworkin e Robert Alexy, e apontarem, com apoio em Paulo Bonavides, doutrina de Aristóteles como fonte de inspiração da Tópica, de Teodor Viehweg, asseveram:

“Na verdade, o sopesamento de princípios é inerente não apenas ao Direito, mas à conduta de uma maneira geral, frente à vida. Toda pessoa racional e de bom senso realiza-o a cada passo, a cada escolha realizada. De todo modo, o mérito dos modernos teóricos do Direito foi o de procurar teorizá-lo, explicando objetivamente como esse sopesamento deve ser feito. É a postura que, em linhas gerais, procuraremos seguir neste texto.

Partiremos, para tanto, de duas premissas básicas.

A primeira é a de que os princípios constitucionais têm eficácia normativa, representando os valores que devem orientar toda a criação, interpretação e aplicação do Direito. De uma posição subsidiária à lei, passaram à medula das constituições pós-modernas, inclusive da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988.

A segunda premissa, decorrente da primeira, é a de que o conflito entre princípios não se resolve com o completo afastamento de um deles, tal como ocorre entre as regras, submetidas aos conhecidos critérios de solução de antinomias (hierárquico, cronológico e da especialidade). Realmente, por conta de sua estrutura normativa, os princípios não prescrevem condutas a serem seguidas se e quando determinadas hipóteses ocorrerem, tais como as regras. Assim, os conflitos entre eles verificados não se resolvem com a aplicação de critérios que impliquem um *all or nothing*, no dizer de Dworkin, mas sim *com a atribuição de maior preponderância, ou de maior peso, àquele princípio que, em prevalecendo, cause menores estragos nos demais*. A regra maior do Direito por princípios, portanto, é a proporcionalidade.

Tudo isto é da maior importância no estudo de um problema jurídico, a fim de que estudiosos não fiquem às voltas com as várias interpretações que um positivismo estéril ofereceria, cada um pugnando pelo maior acerto de uma delas, sem contudo oferecer critérios racionais para justificar sua escolha.”³

No centro dessa visão do Direito por princípios, destacam-se a proporcionalidade e a razoabilidade como princípios de capital importância, de cuja utilidade já ninguém pode mais ter dúvida e de cujo estudo, portanto, não se pode prescindir. E no âmbito das relações do indivíduo com o Estado, sejam de natureza tributária ou sancionatória, é enorme a importância da consideração desses dois princípios jurídicos, como padrões valiosos para o intérprete e aplicador das normas jurídicas e em especial das normas da Constituição.

3.2. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade pode ser definido como um princípio de justiça. O proporcional é em certo sentido o *justo*. E neste sentido podemos dizer que o princípio da proporcionalidade está expressamente previsto em nossa Constituição Federal. É que a vigente Constituição coloca como o primeiro dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil *constituir uma sociedade livre, justa e solidária*.

O princípio da proporcionalidade é um instrumento valioso na construção de uma sociedade justa. Ele está implícito no princípio da Justiça, para cuja realização se deve dirigir o Direito. E em matéria tributária está estreitamente relacionado com o princípio da capacidade contributiva, além de ser uma fórmula para assegurar a supremacia da Constituição.

Sobre o tema disserta Helenilson Cunha Pontes, com inteira propriedade:

“O princípio da proporcionalidade consubstancia a própria afirmação do constitucionalismo moderno, na medida em que viabiliza um juízo material, com supedâneo constitucional, sobre o mérito dos atos estatais. O ato estatal, para se afigurar constitucional, não basta que seja formalizado através do meio competente, necessário também que guarde uma certa proporção ‘em si’ e diante dos demais comandos da ordem jurídica.

A supremacia da Constituição constitui, desta forma, o ponto de partida para a compreensão do princípio da proporcionalidade. O conteúdo jurídico-material do princí-

³ Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcanti Ramos Machado, “As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro”, em livro do mesmo nome, de nossa coordenação, co-edição Dialética/ICET, São Paulo/Fortaleza, 2003, p. 271.

pio da proporcionalidade decorre inelutavelmente do reconhecimento da supremacia hierárquico-normativa da Constituição. A proporcionalidade, como princípio jurídico implícito do Estado de Direito, é uma garantia fundamental para a concretização ótima dos valores consagrados na Constituição. A proporcionalidade é princípio que concretiza o postulado segundo o qual o Direito não se esgota na lei (ato estatal que deve representar a síntese da vontade geral).

O Estado de Direito, em sua origem, identificava-se com o 'império da lei', entendida esta como a síntese da vontade geral manifestada normalmente por um colegiado de representantes do povo, titular único da soberania estatal, em contraposição ao Estado Absoluto onde reinava a vontade do Monarca.

A concepção de Estado de Direito evoluiu do 'império da lei' para o 'império da Constituição'. O moderno Estado de Direito já não exige o império de qualquer lei, mas da lei que é produzida em conformidade com a Constituição. A Constituição, assim, passou a ser o núcleo do conceito de Estado de Direito, como fórmula-chave da organização do Estado Contemporâneo.⁴

Importante, portanto, é que se faça efetiva a supremacia da Constituição, e para isto se faz necessário o princípio da proporcionalidade, como instrumento que viabiliza o controle da constitucionalidade das leis para os casos nos quais não se mostre o conflito denunciado pelo elemento jurídico formal. Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade nos permite verificar se uma lei está, ou não, em conflito com a Constituição, nos casos nos quais não exista um dispositivo de lei a afirmar formalmente o contrário do afirmado em determinado dispositivo da Constituição. E isto é da maior importância no Direito Tributário, especialmente no que concerne às sanções ou penalidades.

Realmente, temos leis que cominam penalidades contrariando frontalmente o princípio da proporcionalidade. Exemplo disto é a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que, em seu art. 44, parágrafo 1º, comina pena de multa de até 150% (cento e cinquenta por cento) a ser aplicada, entre outras hipóteses, quando o tributo ou a contribuição tenha sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora (inciso II), e no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido na forma do art. 2º, vale dizer, em antecipações mensais por estimativa, que deixar de fazer tais antecipações, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente (inciso IV).

Também é invocável neste ponto o princípio da razoabilidade, como a seguir se verá.

3.3. Princípio da razoabilidade

Temos sustentado que o Direito é fruto e instrumento da racionalidade humana. Fruto, porque dela decorre, e instrumento porque se presta para realizar a solução racional dos conflitos entre os humanos. Para demonstrarmos essa tese escrevemos:

⁴ Helenilson Cunha Pontes, *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*, Dialética, São Paulo, 2000, pp. 51/52.

“Em um encontro social na residência de um amigo, um psiquiatra comentou a avaliação pouco lisonjeira que os médicos em geral fazem da psiquiatria, dizendo que um colega seu, não psiquiatra, certa vez lhe perguntou se psiquiatria é mesmo medicina. Ao que respondeu, prontamente: *é, colega, é exatamente o ramo da medicina que nos permite distingui-la da veterinária.*

Colho aquela afirmação, que aparentemente nada tem a ver com o estudo do Direito, para demonstrar que o Direito é o elemento que nos permite distinguir o ser humano dos animais irracionais.

Enquanto os animais irracionais resolvem os seus problemas de convivência a partir dos instintos e das aptidões físicas de cada qual, os seres humanos procuram resolvê-los racionalmente. Por isto estabelecem normas reguladoras de suas condutas. O Direito é esse conjunto de normas. É esse *sistema de limites, fruto da racionalidade humana*. E como tal há de albergar necessariamente legitimidade e justiça.”⁵

O princípio da razoabilidade é uma diretriz da razão humana. Prestigiando-o não se está voltando ao racionalismo jurídico, mas de certa forma se está reconhecendo suas virtudes, posto que o princípio da razoabilidade preconiza a interpretação das leis conducente a soluções racionais. Entre duas ou mais soluções possíveis em face da lei, opta-se pela que se mostre mais racional. O princípio funciona, portanto, como um critério a orientar a escolha de uma interpretação, entre as várias que compõem o quadro ou moldura de interpretações possíveis, a que se reportava Kelsen. Com ele se põem limites ao formalismo jurídico.

Cunha Pontes, com apoio em Perelman, vê na razoabilidade um limite ao formalismo jurídico, que nos autoriza a buscar no ordenamento jurídico as soluções mais aceitáveis, quando a lei em sua expressão literal leva-nos a soluções iníquas. E pode mesmo ser invocado para justificar a presença do valor justiça na interpretação das leis. Cunha Pontes, aliás, examinando os vários significados nos quais tem sido utilizado o princípio da razoabilidade, refere-se ao princípio como um apelo ao imperativo de justiça, e assevera:

“A razoabilidade, neste sentido, nada mais é do que um apelo à prudência do homem comum e remete à idéia aristotélica do justo como o adequado, e à busca do ponto intermediário entre dois extremos. O ideal de busca de justiça quase sempre vem latente na aplicação da idéia de razoabilidade, em razão, sobretudo, da dificuldade do discurso jurídico em tratar do tema ‘justiça’, após a doutrina positivista legalista ter tentado separar de forma absoluta o ‘jurídico’ do ‘justo’.

A redução do Direito ao estatuído pelo legislador implicou a retirada do conceito de justiça do processo de interpretação e aplicação do Direito. Esta tentativa de ‘esvaziamento’ valorativo do Direito afastou do discurso jurídico a utilização da expressão ‘justiça’; em seu lugar aparece, por vezes, o termo razoabilidade. O intérprete-aplicador do Direito já não afasta a norma porque ela é injusta, mas porque ela é irrazoável. Assim, a razoabilidade assume o sentido de justiça.”⁶

É certo que tanto o que seja *razoável*, como o que seja *justo*, comportam enorme carga de subjetividade. Um como outro termo são sempre dotados de diversos significados. Por isto mesmo não vemos porque não utilizar o princípio da razoabi-

⁵ Hugo de Brito Machado, *Uma Introdução ao Estudo do Direito*, Dialética, São Paulo, 2000, pp. 16/17.

⁶ Helenilson Cunha Pontes, *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*, Dialética, São Paulo, 2000, pp. 77/78.

lidade como um princípio que busca a realização da justiça. Aliás, neste sentido podemos afirmar que ele está expressamente autorizado pela Constituição Federal de 1988.

Realmente, a Constituição elegeu como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, em primeiro lugar, construir uma sociedade livre, justa e solidária.⁷ Assim, pode-se afirmar com segurança que está positivado o princípio da razoabilidade como diretriz na interpretação das normas jurídicas porque, sem ele, jamais alcançaremos esse objetivo.

O princípio da razoabilidade é muita vez confundido com o princípio da proporcionalidade, e com ele realmente se identifica em diversos pontos, dependendo do sentido no qual um e o outro estejam sendo referidos. De todo modo, existe uma distinção importante que justifica a referência aos dois princípios.

3.4. *Distinção entre proporcionalidade e razoabilidade*

Depois de dizerem que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são às vezes baralhados por doutrinadores de peso e pela jurisprudência, Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcanti Ramos Machado escrevem:

“Tanto razoabilidade como proporcionalidade são princípios vetores do constitucionalismo atual, e se prestam à vedação do excesso no âmbito das relações entre meios e fins. Em outras palavras, as finalidades cujo atendimento a ordem jurídica impõe ou faculta ao Poder Público devem ser buscadas com o emprego de meios que, além de compatíveis com as demais normas do ordenamento, sejam também razoáveis, e proporcionais.

Assim como a proporcionalidade, a razoabilidade possibilita um maior controle dos atos do Poder Público quando estes tenham uma finalidade lícita, mas empreguem na consecução dessa finalidade meios não admissíveis, seja porque excessivos, seja porque desviados. As semelhanças, contudo, não são muito maiores que essas, visto que a *maneira* como esses dois princípios possibilitam um controle da relação entre meios e fins é um tanto diferente.

Pelo princípio da razoabilidade, os meios empregados para atingir determinada finalidade devem ser não apenas adequados e necessários a essa finalidade, mas devem, também, estar em conformidade com o senso comum, o que nos conduz a uma idéia de consenso, de legitimidade, de compatibilidade com os valores prevalentes naquela comunidade na qual o princípio será aplicado.

Já o princípio da proporcionalidade realiza esse controle da relação entre meios e fins através da ponderação dos valores constitucionalmente positivados inerentes ao problema. Examina-se, então, se o meio empregado é *adequado, necessário, e proporcional em sentido estrito*, ou *não excessivo*.

Entende-se por adequado aquele meio que, uma vez empregado, realmente conduza à finalidade que se diz com ele pretendida. Tal meio passa a ser necessário quando não existir nenhum outro que seja igualmente adequado, e ao mesmo tempo menos gravoso a outros valores fundamentais inerentes ao problema. E, finalmente, caso o meio seja adequado e necessário, tem-se de ponderar se o valor por ele prestigiado não está sendo desproporcionalmente sobreposto a outros, igualmente nobres. Nesse último exame, através do qual os teóricos do Direito procuram objetivar tanto quanto possível as

⁷ Constituição Federal de 1988, art. 3º, inciso I.

valorações feitas pelo intérprete da norma, deve ser dada preponderância ao valor que, em prevalecendo, cause menores estragos aos demais que com ele se chocam.

É relevante destacar, nesse ponto, que a razoabilidade como a proporcionalidade devem orientar a conduta do intérprete e do aplicador das normas jurídicas, visto que não se excluem; ao contrário, se somam, na difícil tarefa de controlar os abusos do Poder Público.⁸

É claro que tomado o princípio da proporcionalidade em seu significado mais abrangente, neste estará incluído o princípio da razoabilidade. E se tomado o princípio da razoabilidade em seu sentido mais abrangente, nele estará incluído o princípio da proporcionalidade. De todo modo, na medida em que se admite um sentido menos abrangente, para um ou para o outro, opera-se automática complementação, de sorte que nenhum problema ficará fora do âmbito de aplicação de um ou do outro. Até porque o proporcional será sempre, em qualquer caso, razoável.

3.5. Importância dos princípios

É inegável a importância dos princípios no pensamento jurídico atual. Sem eles não se chega a lugar nenhum, tamanha é a insuficiência hoje plenamente reconhecida do elemento literal, para não dizermos, a insuficiência do Direito visto apenas pela ótica do formalismo jurídico.

A força dos princípios jurídicos, por isto mesmo, tem sido destacada por doutrinadores de grande projeção. Napoleão Nunes Maia Filho, hoje Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por exemplo, registra:

“Os princípios, diz Ortega y Gasset, derrubaram os príncipes e serviram de norte na elaboração das Constituições européias escritas, estabelecendo proteções em favor dos cidadãos contra as investidas descontroladas do monarca, subtraindo-lhes parcelas do patrimônio material.”⁹

Ressaltando a importância da razoabilidade, é a lição autorizada de Linares Quintana:

“Para determinar y decidir la conformidad y adecuación de los actos del Estado con la Constitución Nacional, ésta, en su letra y su espíritu, ha impuesto la *regla de la razonabilidad*. Toda actividad estatal para ser constitucional debe ser razonable. Lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido: con arreglo a lo que dicte el *sentido común*. El Congreso, el Poder Ejecutivo, los jueces, cuando actúan, en el ejercicio de sus funciones específicas, deben hacerlo de manera razonable. *Todo acto gubernativo debe resistir a la prueba de la razonabilidad. La ley que altera, y con mayor razón todavía, suprime el derecho cuyo ejercicio pretende reglamentar, incurre en irrazonabilidad o arbitrariedad, en cuanto imponga limitaciones a éste que no sean proporcionadas a las circunstancias que las motivan y a los fines que se propone alcanzar con ellas.*”¹⁰

Paulo Bonavides, constitucionalista brasileiro dos mais autorizados, ressalta a importância do princípio da proporcionalidade, ensinando que:

⁸ Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcanti Ramos Machado, “O Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas e os Resultados Verificados no Exterior”, *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário - 7º Volume*, coordenador Valdir de Oliveira Rocha, Dialética, São Paulo, 2003, pp. 210/211, nota de rodapé nº 24.

⁹ Napoleão Nunes Maia Filho, *Temas de Direito Administrativo e Tributário*, UFC, Fortaleza, 1998, p. 151.

¹⁰ Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de Interpretación Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 559.

“Tanto a jurisprudência constitucional em vários países da Europa como os órgãos da Comunidade Européia já não vacilam em fazer uso freqüente desse princípio. A doutrina, por sua vez, busca consolidá-lo como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito, fazendo assim da proporcionalidade um princípio essencial da Constituição.”¹¹

3.6. Aplicação dos princípios ao caso concreto

Os julgados acima transcritos aplicam muito bem ao caso concreto os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, independentemente das divergências terminológicas que em torno dos mesmos existem na doutrina.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, além de outras razões que o levaram a declarar a inconstitucionalidade do art. 19 da Lei nº 11.033/04, disse que as exigências criadas por esse dispositivo

“violam o princípio da proporcionalidade porque são *desnecessárias* ao atingimento de seus fins, uma vez que a Fazenda já detém suficientes instrumentos de garantia de seus créditos, entre os quais a compensação, o arresto e a penhora, o arrolamento de bens e a medida cautelar fiscal, além de ser desarrazoado exigir do credor que prove à Fazenda que nada lhe deve, através de certidões que devem ser expedidas pela própria Fazenda”.¹²

Realmente, a exigência das certidões em questão viola o princípio da proporcionalidade em seus três importantes aspectos. Não é *adequado*, porque alcança pessoas, provavelmente a maioria dos atingidos pela exigência, que nada devem à Fazenda, impondo a esta ônus absolutamente inútil. Não é *necessário*, porque a Fazenda Pública dispõe de vários outros instrumentos para a garantia de seus créditos. E também não é *proporcional em sentido estrito*, porque impõe ônus excessivo ao cidadão, que já é vítima da inadimplência contumaz do Poder Público.

Por outro lado, é de fato desarrazoado exigir-se do credor que prove à Fazenda que nada lhe deve, com a apresentação de certidão fornecida pela própria Fazenda. Ainda que se admita ser legítima a recusa do pagamento a quem seja devedor da Fazenda, é indiscutível que a esta cabe o ônus de demonstrar a ocorrência dessa situação que seria obstáculo ao pagamento.

Afirmou ainda o Tribunal Regional Federal da 4ª Região que “fere princípio do devido processo legal condicionar a realização do direito do credor, já consagrado por decisão judicial trânsita em julgado, após o trâmite de processo em que foram observados o contraditório e a ampla defesa, a formalidades destinadas a proteger créditos fazendários não submetidos a igual procedimento”.¹³ E isto é indiscutível. O crédito cujo recebimento é pretendido passou pelo crivo do Judiciário. É afirmado em sentença que transitou em julgado. Já o crédito da Fazenda Pública, a cuja proteção se destina a exigência das certidões, mesmo quando existente, não foi submetido a apreciação do Judiciário. Tem-se, portanto, quando alegada a existência de

¹¹ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª edição, Malheiros, São Paulo, 1997, p. 360.

¹² TRF da 4ª Região, Corte Especial, item 3 da ementa do acórdão na AI nº 2005.04.01.017909-2/RS, DJU 2 de 12.04.2006, p. 88.

¹³ TRF da 4ª Região, Corte Especial, item 4 da ementa do acórdão na AI nº 2005.04.01.017909-2/RS, DJU 2 de 12.04.2006, p. 88.

dívida a impedir o fornecimento da certidão, caracterizada contra o titular do direito reconhecido judicialmente, a privação de um bem - o crédito que tem a receber - sem o devido processo legal. E isto constitui flagrante agressão ao princípio da razoabilidade.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região também declarou inconstitucional o art. 19 da Lei nº 11.033/04, por diversos fundamentos, entre os quais se destaca o princípio da razoabilidade aplicado ao caso concreto em atenção especial à exigência de certidões relativas a outros entes públicos. Afirmou aquele Tribunal que “transborda das balizas da razoabilidade exigir-se certidões de regularidade de entes estatais desvinculados da Fazenda Pública contra a qual se emitiu ordem de pagamento”.¹⁴

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade podem ser vislumbrados, ainda, na referida decisão do TRF da 5ª Região, mesmo sem estarem expressamente invocados. E nessa decisão foi também apontado um fundamento que a nosso ver merece toda a atenção. Disse aquele Tribunal que as exigências previstas no questionado dispositivo legal “findam por criar duas classes de jurisdicionados, para uma das quais, sem que se assegure o contraditório e a ampla defesa, restam destituídas de efetividade as prestações jurisdicionais que condenam em obrigação de pagar a fazenda pública”.¹⁵ Em outras palavras, o que aí disse o Tribunal, com inteira razão, é que a malsinada exigência de certidões negativas como condição para o pagamento de precatórias divide os jurisdicionados em duas categorias distintas. Uma dessas classes é composta pelos jurisdicionados aos quais as Fazendas Públicas fornecem as certidões exigidas para o pagamento de precatórios. A outra classe é a daqueles aos quais as referidas certidões são negadas e por isto mesmo o direito à jurisdição não é efetivamente assegurado.

Na verdade, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região afirmou, com indiscutível acerto, que a exigência de certidões determinada pelo art. 19 da Lei nº 11.033/04 implica admitir que o exercício do direito à jurisdição contra a Fazenda Pública não está constitucionalmente garantido, e como isto é inadmissível, o referido dispositivo legal padece de flagrante inconstitucionalidade. E dúvida realmente não pode haver de que a garantia constitucional do direito à jurisdição foi flagrantemente violada pelo dispositivo legal em referência. Nem de que tal violação constitui razão suficiente, talvez a mais importante de todas elas, para justificar a declaração de sua inconstitucionalidade. É o que vamos a seguir demonstrar.

4. Direito à Jurisdição

4.1. O que é jurisdição

Entende-se por *jurisdição* a função do Estado de garantia da ordem jurídica, vale dizer, a função através da qual o Estado assegura a efetiva aplicação das normas jurídicas na solução dos conflitos surgidos em cada caso concreto, e o faz com a

¹⁴ TRF da 5ª Região, Plenário, quarto parágrafo da ementa do acórdão na AI no MSPL nº 91.364/CE, julgado em 15.03.2006.

¹⁵ TRF da 5ª Região, Plenário, terceiro parágrafo da ementa do acórdão na AI no MSPL nº 91.364/CE, julgado em 15.03.2006.

finalidade específica de garantir a eficácia da ordem jurídica. No dizer de Sérgio Sérulo da Cunha, a jurisdição é o “poder conferido, a órgão inerte e neutro, de interpretar e aplicar o Direito, em procedimento contraditório”.¹⁶

O que caracteriza a jurisdição é sua finalidade específica. Finalidade de garantir a eficácia do Direito, aplicando-o na solução definitiva dos conflitos em cada caso concreto. Destacando essa idéia de fim como elemento característico da jurisdição, ensina José de Albuquerque Rocha, com inteira propriedade: “A jurisdição é, justamente, a função estatal que tem a finalidade de garantir a eficácia do direito em última instância no caso concreto, inclusive recorrendo à força, se necessário.”¹⁷

No mesmo sentido é a lição de León Duguit, que nos ensina:

“Afin de savoir si l’acte considéré est ou non un acte juridictionnel, il faut rechercher si l’agent public est intervenu ou non pour résoudre une question de droit. Si, en intervenant, il a poursuivi un autre objet, si la solution qu’il a donnée à une question de droit, est un moyen et non une fin, on doit affirmer qu’il n’y a pas d’acte juridictionnel.”¹⁸

Na doutrina da tripartição dos poderes do Estado, diz-se que ao Poder Judiciário cabe o exercício da função jurisdicional. Embora também pratique atos administrativos, ao Poder Judiciário compete essencialmente o desempenho da jurisdição. Ele é integrado por um conjunto de órgãos do Estado, especializados no exercício da jurisdição. Órgãos que eventualmente exercem atividade administrativa, e atividade legislativa, mas o fazem apenas como forma de garantir a independência necessária ao desempenho da atividade jurisdicional.

4.2. *Direito à jurisdição como direito fundamental*

Nossa Constituição Federal assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.¹⁹ Esse dispositivo está colocado no Capítulo I, que trata “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, do Título II, onde está a disciplina “dos direitos e garantias fundamentais”. Trata-se, portanto, de um direito individual de natureza fundamental.

Por isto mesmo, aliás, em todo o mundo civilizado o direito à jurisdição está garantido. Ele é, sem dúvida alguma, o direito aos direitos. Um direito sem o qual todos os demais direitos deixam de ser efetivos. Por isto mesmo é da essência da própria idéia de Estado de Direito. Estado sem função jurisdicional, ou sem a garantia do livre exercício desta em favor de todos, não é um Estado de Direito.

José de Albuquerque Rocha ensina que os traços definidores da jurisdição decorrem da própria existência do Direito como técnica de controle social, e esclarece, com inteira propriedade:

“Com efeito, a existência mesma de um direito respaldado na força já indica a possibilidade de suas normas não serem observadas.

Diante disso, seria incompreensível que o Estado estabelecesse o direito e não instituisse, concomitantemente, uma atividade específica, tendente a garantir sua eficácia nos casos de violação. Daí, pois, a criação da função jurisdicional com objetivo espe-

¹⁶ Sérgio Sérulo da Cunha, *Fundamentos de Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2004, p. 313, nota 491.

¹⁷ José de Albuquerque Rocha, *Teoria Geral do Processo*, 7ª edição, Atlas, São Paulo, 2003, p. 78.

¹⁸ Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 3ª edição, Tontemoing, Paris, 1928, p. 424.

¹⁹ Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso XXXV.

cífico de assegurar, em última instância, a hegemonia do direito na sociedade, até com o uso da força, quando não se logre sua observância pela espontânea adequação das condutas às suas normas.

A função tutelar da jurisdição, em última instância, resulta muito clara da própria posição constitucional. De fato, se como diz a Constituição Federal no art. 5º, XXXV, nenhuma lesão do direito pode ser subtraída à apreciação da jurisdição, isto significa que a finalidade desta função é, precisamente, tutelar o direito em última instância.”²⁰

Nos ordenamentos jurídicos que consagram a tripartição dos Poderes do Estado, e ao Poder Judiciário é atribuída a função jurisdicional, a garantia de jurisdição implica garantia de manifestação do Poder Judiciário, como consta, aliás, expressamente de nossa Constituição Federal. Resta saber se o direito à manifestação do Poder Judiciário inclui, ou não, a garantia da efetivação do Direito objeto dessa manifestação. Em outras palavras, resta saber se a garantia de execução do julgado está ou não compreendida no direito à jurisdição.

4.3. O direito à jurisdição e a execução do julgado

Nem é preciso ser muito arguto para se ver desde logo que o direito à jurisdição seria inútil se não incluisse o direito à execução do julgado. Especialmente quando o direito à jurisdição é exercido contra o próprio Estado que é o maior centro de poder e talvez por isto mesmo, infelizmente, o maior descumpridor das leis e das sentenças. Por isto mesmo é que, no dizer de Ricardo Perlingeiro, “não assegurar o direito à execução é o mesmo que negar o direito de ação, não sendo admissível, no atual estágio da sociedade, interpretar o princípio do Estado democrático de Direito de modo a concluir que não há execução contra a Fazenda Pública”.²¹

Direito à jurisdição que não inclua direito à execução do julgado é direito inteiramente desprovido de efetividade. E não se pode, na interpretação da regra da Constituição Federal que o consagra, desconsiderar o princípio da máxima efetividade das normas da Constituição. No dizer de Canotilho:

“Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).”²²

O Professor e Desembargador Federal Napoleão Nunes Maia Filho também nos ensina, com inteira propriedade:

“Recorde-se que a garantia constitucional de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV) não é mais entendida (e não pode mais ser entendida) como se identificando apenas com o tradicional direito de ação na sua concepção clássica, mas sim com a objetiva obtenção de provimento judicial útil e tempestivo, daí se imporem a necessária revisão e o

²⁰ José de Albuquerque Rocha, *Teoria Geral do Processo*, 7ª edição, Atlas, São Paulo, 2003, pp. 78-79.

²¹ Ricardo Perlingeiro, “Redefinição de Papéis na Execução de Quantia Certa contra a Fazenda Pública”, *Revista CEJ*, dezembro de 2005, p. 69.

²² J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 1996, p. 227.

redimensionamento de *todos* os institutos processuais e dos procedimentos que de qualquer modo percutem ou interessam à efetivação daquela mesma garantia.”²³

4.4. Direito à jurisdição e o precatório

Como está sobejamente demonstrado, o direito à jurisdição inclui o direito à execução do julgado. O precatório judicial, como se sabe, é o instrumento através do qual são executadas as decisões judiciais que condenam a Fazenda Pública ao pagamento do valor que afinal é considerado devido ao autor. Como os bens do Estado são impenhoráveis, quem ganha uma questão contra o Governo tem a seu favor um precatório, mediante o qual o Judiciário manda incluir no orçamento do ano seguinte o valor correspondente, para ser pago ao titular do direito reconhecido pela decisão final no processo. Assim, em face do citado art. 19 da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, ficou estabelecido que para o recebimento de quantias devidas pelo Poder Público não basta a existência do direito, e que esse direito seja reconhecido pelo Judiciário. É necessária, também, a prova de que o titular desse direito não deve nada à União, ao Estado, ao Município, bem como à Seguridade Social e ao FGTS.

É evidente, portanto, que o questionado dispositivo legal amesquinhou o direito à jurisdição contra a Fazenda Pública. Com a exigência das certidões, determinada pelo art. 19 da Lei nº 11.033/04, a norma constitucional que assegura a todos o direito à jurisdição passaria a não valer contra a Fazenda Pública. Tal norma estaria acrescida agora de uma ressalva implícita a dizer: *salvo quando a lesão ou a ameaça seja praticada pela Fazenda Pública contra alguém que, a juízo dos governantes, esteja a dever a qualquer das entidades integrantes do Poder Público.*

O absurdo é evidente. Tão evidente que dispensa comentários, inclusive sobre a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal sob outros aspectos. Por isto merece aplausos o Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, por ampla maioria de seus membros, declarou a inconstitucionalidade do art. 19, da Lei nº 11.033/04, na Arguição de Inconstitucionalidade no Mandado de Segurança nº 91.364/CE, julgada em 15.03.2006. E em seguida, por unanimidade, concedeu mandado de segurança contra ato do seu Presidente, que exigia as questionadas certidões. Merece destaque o voto então proferido pelo Desembargador Federal Napoleão Nunes Maia Filho que, além de demonstrar com inteira propriedade a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, antecipou a idéia, aliás incontestável, de que nem mesmo mediante emenda constitucional poderá ser feita a exigência de certidões negativas para o recebimento de precatório judicial. Decisões assim prestigiam o Poder Judiciário, porque nos fazem lembrar que nossa Constituição Federal existe mesmo, e que, felizmente, ainda existem juízes neste País.

²³ Napoleão Nunes Maia Filho, *Estudo Sistemático da Tutela Antecipada*, Gráfica Nacional, Fortaleza, 2003, p. 200.