

EFETIVIDADE NO PROCESSO ANTIEXACIONAL: A PERSECUÇÃO DA COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA NA EXECUÇÃO COLETIVA DO DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO

Juliana Peralva Domingues

Advogada e Professora. Bacharel em Direito pela
Universidade Federal Fluminense (UFF).
Especialista em Direito Público pela Universidade
Anhanguera – UNIDERP. Mestranda em Sociologia
e Direito (PPGSD) pela Universidade Federal
Fluminense (UFF).

Resumo: A consolidação do Direito Processual Coletivo, enquanto ramo específico, é fenômeno contemporâneo; e, como tal, pelo débil arcabouço normativo vigente, exige estudo minucioso, buscando parâmetros que dêem azo a um tratamento de melhor efetividade à matéria. Efetividade esta, para o presente contexto, analisada à luz da repercussão da compensação tributária no âmbito da execução de sentenças coletivas, quando da tutela de direitos individuais homogêneos. Ainda o mais ao sê-la reforçada pela hodierna tendência às novas sentenças e aos novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional. Tal sistematização e análise constituem o objetivo precípua deste trabalho, que, acrescido do fato de que o processo coletivo revela-se um dos caminhos mais potencializados para um instrumento de tutela dos hipossuficientes, encontra na sua função social o seu porquê.

Abstract: The consolidation of Procedural Law Collective, as a specific branch of law, is a contemporary event, and as a result of it, your current legal framework is weak and requires careful study, being necessary to seek parameters which lead to a treatment of better effectiveness to the matter. This effectiveness, to the present context, is viewed in the light of the impact of the tax compensation under the enforcement of collective

sentence, in terms of the protection of homogeneous individual rights. That's reinforced by today's trend of new sentences and new powers of the judge to provide for judicial protection. That systematization and analysis are the main objective of this work, which, plus the fact that the collective process proves to be one of the most leveraged way to an instrument for the protection of disfavored people, find in its social function your why.

Palavras-Chave: Direito Processual Coletivo Antiexacional. Direitos e Interesses Individuais Homogêneos. Execução de Sentença Coletiva. Compensação Tributária. Efetividade Jurisdicional.

Keywords: Procedural Law Collective. Homogeneous Individual Rights. Enforcement of Collective Sentence. Tax Compensation. Jurisdictional effectiveness.

1 INTRODUÇÃO:

O Processo Coletivo, cujos contornos afeiçoam-se às necessidades de nossa época, já que atendem aos anseios da sociedade contemporânea, é tratado como um novo fenômeno. Como tal, o assunto apresenta dificuldades em sua abordagem, seja por não haver ainda esgotado todas as esferas das discussões, seja pelo fato de a ele serem, até então, aplicadas as normas relativas ao processo civil tradicional, que serve de conduto às pretensões individuais. E o processo coletivo apresenta características marcadamente diferentes daquelas.

Destarte, o foco deste estudo se centra na possibilidade de se perquirir a compensação tributária e suas principais consequências, ante a execução dos direitos individuais homogêneos, na qual a Fazenda Pública figure no pólo passivo.

Espera-se, com a tutela jurisdicional, a realização de atividade condizente com o direito material sob violação ou ameaça, inadmitindo-se, hodiernamente, que o direito se considere realmente tutelado com a mera declaração daquela, mas que o Poder Judiciário tenha condições de forçar a sua observação e, em conjunto com a Administração, ensejar a máxima efetividade e o acesso à justiça. À luz dessa assertiva, conduzido foi este trabalho.

Assim sendo, o Capítulo inicial se inclina a caracterizar e delimitar o objeto de trabalho, tecendo linhas gerais sobre o processo coletivo, conceituando o direito individual homogêneo e, por se voltar para a ação, inclusive as antiexacionais, perpassa pela litispendência e pela coisa julgada resultante do processo de conhecimento. Em continuidade, o Capítulo seguinte nos traz a necessidade da liquidação das sentenças condenatórias coletivas e genéricas, estabelecendo os procedimentos para tal, como caminho natural para a execução. E o Capítulo final, direcionando-se para a questão fazendária, apresenta a satisfação do direito pela compensação tributária e, por fim, enlaça execução, contra a Fazenda Pública, e efetividade da sentença coletiva, travando sérios questionamentos sobre o tema.

2 DIREITO PROCESSUAL COLETIVO: A TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS:

No caminho da adequada formulação do processo coletivo, há que entendê-lo como “litigação” de interesse público primário¹, o que corresponde a demandas judiciais que envolvam a preservação da harmonia e a realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade (a exemplo dos interesses dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural). É por essa perspectiva que nele se incluem os direitos coletivos *lato sensu* e os direitos individuais indisponíveis, ambos de ordem social e pública. E mesmo havendo qualquer resistência à presença do interesse público - quanto às partes ou à natureza dos bens envolvidos -, as características da lesão e o elevado número de pessoas atingidas serão o diferencial na indicação do interesse primário necessário ao processo coletivo.

Como o objetivo deste trabalho não é destrinchar o direito e o processo coletivo como um todo, ater-nos-emos ao recorte do nosso objeto de estudo. Acima, ao falarmos em direitos coletivos *lato sensu*, tomamo-los por gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos. É deste último que nos ocuparemos. Isso porque o direito do contribuinte de não pagar

¹ Celso Antônio Bandeira de Melo (2006) diferencia interesse coletivo primário do secundário, em que o primeiro corresponde a um fundamento constitutivo, que vai legitimar o segundo, o qual - por sua vez - representa os interesses imediatos da Administração Pública. E exemplifica-os, o primário pelo fato de não se poder gravar os cidadãos de impostos além de certa medida e o secundário pela conveniência da Administração aumentar ao máximo (sem ferir o primário) os impostos.

certo tributo, por exemplo inconstitucional, toma ares de direito individual homogêneo, seja pela ausência da indeterminação dos sujeitos (determináveis pela incidência da norma tributária no caso concreto), seja pela divisibilidade de seu objeto, em função da Administração conferir certeza, liquidez e exigibilidade à obrigação tributária gerada, através, via de regra, do lançamento - procedimento administrativo que determina o montante do total devido e individualiza o sujeito passivo da obrigação (art. 142 do CTN). Características estas que afastam completamente a possibilidade da inserção da obrigação tributária entre os interesses difusos e coletivos, eminentemente caracterizados por sua natureza indivisível e pela indeterminabilidade dos interessados.

2.1 OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS:

Direitos coletivamente tratados que, embora individuais, têm dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, esta decorrente da padronização ou massificação das relações jurídicas e das lesões daí conseqüentes, posto partirem de um fato social comum - a procedência da conduta comissiva ou omissiva da parte contrária geradora de um dano.

Logo, consideram-se homogêneos os direitos subjetivos pertencentes a titulares diversos, mas oriundos da mesma causa fática ou jurídica, o que lhes confere grau de afinidade suficiente para permitir suas tutelas jurisdicionais de forma conjunta. Sendo-lhes, pois, possível identificar elementos comuns (núcleo de homogeneidade) e, em maior ou menor medida, elementos característicos e peculiares, o que os individualiza, distinguindo-os uns dos outros (margem de heterogeneidade). Àquele núcleo pertencem três elementos das normas jurídicas concretas: a existência da obrigação, a natureza da prestação devida e o(s) sujeito(s) passivo(s) comum(ns). A identidade do sujeito ativo (credor) e a sua específica vinculação com a relação jurídica, inclusive no que diz respeito ao *quantum debeatur*, se for o caso, são elementos pertencentes a um domínio marginal, formado pelas partes diferenciadas e acidentais dos direitos homogêneos (ZAVASCKI: 2007).

O fato de ser possível determinar individualmente os lesados não altera a possibilidade e pertinência de se impetrar uma ação coletiva; o que a justifica é a economia processual proporcionada, além do acesso à justiça e da aplicação voluntária e

autorizativa do direito material. É justamente por essa razão que a sua sentença tem eficácia *erga omnes* (art. 103, III, CDC), *i.e.*, os titulares dos direitos individuais são abstrata e genericamente beneficiados.

Além disso, os direitos individuais decorrentes de lesões homogêneas, que se basearem em ínfimos valores, podem não ser suficientemente atrativos para a sua realização individual, já que provavelmente inexistirá motivação econômica para ajuizar uma ação visando reparar um prejuízo de pequena monta, mas que coletivamente podem representar uma soma substancial.

Nessa perspectiva, o pedido dessas ações é uma “tese jurídica geral” e as peculiaridades dos direitos individuais, se existirem, deverão ser atendidas em liquidação de sentença a ser procedida individualmente. Daí, concluir-se que os direitos individuais homogêneos são indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução.

2.1.1 Litispendência e Coisa Julgada:

Torna-se relevante salientar alguns aspectos cruciais em relação às ações cujo objeto seja um direito individual homogêneo. Este tipo de ação não permite que os efeitos da coisa julgada coletiva beneficiem os autores das ações individuais propostas concomitantemente, a não ser que estas sejam suspensas no prazo de trinta dias a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva (art. 104, CDC).

Diferentemente dos direitos difusos e coletivos, no caso dos direitos individuais homogêneos, a não ocorrência da coisa julgada e a possibilidade de propor novamente a ação não se vinculam à extinção da ação por insuficiência de provas, sendo que somente haverá coisa julgada *erga omnes* na hipótese de procedência do pedido (art. 103, III, CDC). E, em caso de improcedência da ação (qualquer que seja a causa), só aqueles que não estiverem habilitados como litisconsortes na ação coletiva poderão propor ações de indenizações individuais. O legislador, neste caso, não faz qualquer distinção ou ressalva quanto aos motivos da improcedência, de sorte que, em qualquer situação, fica inviabilizada a tutela futura dos direitos individuais homogêneos pela via da ação coletiva.

Improcedente a ação coletiva, a coisa julgada gerada não pode prejudicar os titulares dos direitos individuais (salvo se tiverem ingressado no processo coletivo como assistentes qualificados² ou se a demanda coletiva tiver sido ajuizada por sindicato, como substituto processual da categoria³), não podendo ser ela inclusive utilizada pelo réu como defesa na ação individual para precipitar a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Se o autor da ação individual, cientificado da pendência da ação coletiva, requerer tempestivamente, no trintídio legal, a suspensão de seu processo, haverá a extensão *in utilibus*⁴ da imutabilidade do provimento jurisdicional de procedência do pedido na ação coletiva e, ao demandante individual, a seu favor, um título executivo. Se o pedido for julgado improcedente na ação coletiva, a suspensão do processo individual não acarretará ao seu autor qualquer gravame, portanto não será atingido pela coisa julgada coletiva, de maneira que o processo individual retomará o seu curso e a postulação formulada poderá ser acolhida, sem que haja qualquer vinculação do juízo ao pronunciamento do órgão jurisdicional da ação coletiva sobre a questão fática ou jurídica comum.

Ainda é possível que o autor da ação individual, a despeito da ciência nos autos da existência da ação coletiva, não requeira a suspensão do processo, exercendo, destarte, o seu direito de exclusão do âmbito da coisa julgada coletiva⁵. Logicamente, o trânsito em julgado da sentença de improcedência na ação coletiva em nada afetará o interessado, que poderá ter o seu pleito de reparação do dano individual acolhido. Por outro lado, o provimento jurisdicional de procedência do pedido da demanda coletiva não favorecerá o autor individual que não requereu a suspensão de seu processo. Ou seja, caso ainda não tenha sido prolatada sentença de mérito no processo individual, o

² O art. 13, §1º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (USP) traz a possibilidade de qualquer interessado, inclusive litisconsortes, improcedente o pedido, propor ação a título individual.

³ Ver art. 37, § único, Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.

⁴ Há o aproveitamento da “parte útil” do conteúdo do julgamento coletivo, ou seja, do provimento da ação coletiva aos titulares de ação individual suspensa.

⁵ CMI-A, art. 31, *caput*. Relação entre ação coletiva e ações individuais - *A ação coletiva não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada coletiva não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da ação coletiva.* Ademais, pelo CDC, arts. 94 a 100, “poder” é o verbo de comando dos enunciados, o que implica na facultatividade dada ao interessado em aderir ou não à ação coletiva, sem prejuízo do ajuizamento da individual.

órgão jurisdicional poderá decidir a questão fática ou jurídica comum contrariamente ao pronunciamento emitido na ação coletiva. E a decisão de procedência na ação coletiva servirá, no máximo, como precedente, capaz de influir no convencimento do magistrado da ação individual.

Nos casos de vinculação da tutela individual à coletiva, para minimizar a possibilidade de decisões divergentes sobre a mesma questão de direito, envolvendo pessoas que estão em uma mesma situação de fato-tipo, a exemplo dos contribuintes, pode-se fazer uso da súmula vinculante (art.103-A, CRFB)⁶, permitindo ainda o julgamento imediato de causas repetitivas (art. 285-A, CPC). Ou seja, no caso de direitos individuais homogêneos, as ações coletivas brasileiras se prestam à finalidade precípua de eliminar ações individuais repetitivas quando procedente o pedido, remanescendo a necessidade da liquidação do dano individual; se improcedente, o seu potencial de contenção de litigiosidade é debilitado. E, como qualquer interessado pode ajuizar a sua demanda individual, certa é a emissão de julgamentos variados e antagônicos, conforme a convicção do magistrado – muito embora a decisão nas ações coletivas traga alguma influência sobre as ações individuais, mesmo quando denegatória no mérito, visto que a natural amplitude da discussão no processo coletivo age como fator de reforço da convicção jurisdicional.

Em sentido oposto, o sistema nacional de ações coletivas, estatuído pelo Código de Defesa do Consumidor, determinou a ocorrência da coisa julgada material entre os colegitimados e a contraparte, i.e., a impossibilidade de propor novamente a demanda coletiva caso haja sentença de mérito (*pro et contra*)⁷, atendendo, assim, aos fins do Estado na obtenção da segurança jurídica e respeitando o devido processo legal com relação ao réu que não se expõe indeterminadamente à ação coletiva (chamado “devido processo social”).

⁶ CRFB, art. 103-A. *O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º. A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. [...].*

⁷ Porque ocorre tanto para o benefício do autor, com a procedência da demanda que confirma sua pretensão, como em seu prejuízo, como declaração negativa de um direito.

Em síntese, a ação coletiva não substitui a individual, não esgota o seu objeto, nem possibilita, de *per si*, a resolução da mesma lide ou a obtenção total dos mesmos resultados ou efeitos obtidos na ação individual. Uma, porque o pedido, na ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos, limita-se à declaração da obrigação genérica de indenizar pelo fato, não se postulando a reparação de qualquer lesado determinado, o que dependerá de posterior liquidação coletiva ou individual. E a ação individual, ao contrário, tem por pedido a indenização específica, privativa do autor ou autores em litisconsórcio facultativo. Outra, porque, apesar de o legislador (art. 104, CDC) - imbuído do propósito de evitar, pelo ajuizamento da ação coletiva pertinente, o congestionamento do Poder Judiciário com várias ações relativas a direitos individuais homogêneos e de garantir tratamento isonômico aos jurisdicionados em situações idênticas - prever a faculdade de o autor individual requerer a suspensão da sua demanda até o desfecho da ação coletiva, para que possa beneficiar-se da sentença de procedência proferida na última, a Lei 7.347/85⁸ e o Código de Defesa do Consumidor⁹ sozinhos se mostram ineficientes para alçá-lo.

Destarte, a persistência do modelo vigente choca-se com a tendência e o movimento de outorga de eficácia vinculante às decisões dos Tribunais Superiores e reduz a efetividade do processo coletivo, ferindo, inclusive, os princípios constitucionais da razoabilidade e da isonomia. Incongruência à parte, deixemos, por ora, tal crítica, para que possamos dar o devido prosseguimento ao nosso estudo: se tratamos da coisa julgada, de sentença proferida em processo de conhecimento, fato é que se está diante de um título executivo judicial, com o qual se inicia a liquidação e a execução daquela sentença coletiva.

⁸ “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova” (art. 16).

⁹ Arts. 103 a 104 - CDC.

3 O PROCEDIMENTO LIQUIDATÓRIO E A EXECUÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS:

Foi outorgada a eficácia de título executivo a todas as sentenças que declararem a existência de obrigação a ser cumprida pelo réu (art. 475-N, I, CPC, acrescido pela Lei nº. 11.232/2005)¹⁰, caso das sentenças mandamentais¹¹ - quando afirmarem a existência de obrigação de fazer, não-fazer ou entregar coisa certa - e das executivas *lato sensu* - quando se referirem à obrigação em dinheiro -, ambas de caráter condenatório (DINAMARCO: 2007). E a sentença não é satisfativa de *per si*, como a condenatória, depende de técnica executiva. Assim também o é com as ações em que figure como sujeito passivo a Fazenda Pública, que, por sua particularidade¹², exige, em regra, ação autônoma de execução.

A *priori* existe, então, uma necessária vinculação da proteção de interesses individuais homogêneos com as tutelas ditas ressarcitórias (pecuniárias) – a opção pela via condenatória¹³ aparece de fato no Código de Defesa do Consumidor e, ao que se pode notar, no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (arts. 26, 27 e 30 - CBPC-IBDP: 2007), em que a ação reparatória mais desponta como uma maneira de se amoldar, devido às suas características, aos interesses individuais homogêneos do que uma tentativa de restringi-los (ARENHART: 2007, p. 219). O que não implica

¹⁰ CPC, art. 475-N. São títulos executivos judiciais: I- a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia [...].

¹¹ Há doutrinadores, como Cassio Scarpinella Bueno, que negam o caráter condenatório da sentença mandamental. Pontes de Miranda, inclusive, rotula tal sentença de executiva ou mandamental. Aqui, defende-se a idéia de que obrigação de fazer, não-fazer ou entregar coisa certa não se dá por execução, mas por outros mecanismos - no máximo, chamados de execução indireta - que dependem muito mais da boa vontade do obrigado do que, propriamente, do juiz ou do aparato jurisdicional por ele representado. Deixando, portanto, o *status* de condenatória à sentença que condena em pagamento em dinheiro.

¹² Dada a impenhorabilidade dos bens públicos, subordina-se às normas gerais de execução contra a Fazenda Pública, que - em sendo condenação por quantia certa - dar-se-á por meio dos precatórios e da requisição do pagamento de débito de pequeno valor.

¹³ Para Teori Albino Zavascki: [...] *refogem ao âmbito da legitimação extraordinária em causa pretensões de outra natureza, notadamente a constitutiva, cuja sentença, com eficácia imediata e concreta, independentemente de posterior ação de execução, não é compatível com provimentos de natureza genérica. Ademais [...], a sentença constitutiva não comportaria a opção, que o sistema criou em favor do titular do direito material, de se submeter ou não à ação coletiva e de executar ou não, em seu favor, a sentença genérica que nela vier a ser proferida.* (ZAVASCKI: 2004, p.43)

excluir as demais vias de proteção destes direitos. Por isso mesmo, o STJ¹⁴, embora admita a outorga de sentenças com outras eficácias, acaba por limitá-las às tutelas mandamentais e executivas.

Tais tutelas se amoldam ao fato de os direitos individuais homogêneos não serem direitos coletivos propriamente ditos, antes são direitos individuais de massa e, como tal, possuem instrumento de proteção próprio (ação civil coletiva e mandado de segurança coletivo), cuja característica é a condenação genérica - por não especificar o montante devido a cada vítima do dano, resultando apenas no dever de indenizar - com posterior liquidação e execução (individual ou coletiva, da pretensão individual coletiva¹⁵ ou da pretensão coletiva residual - esta última chamada *fluid recovery*)¹⁶.

3.1 O CAMINHO DA EXECUÇÃO: O PROCEDIMENTO LIQUIDATÓRIO:

A liquidação, com a Lei 11.232/2005, não é mais buscada em processo autônomo de liquidação de sentença, deve ser buscada numa fase do processo, certificando o direito e efetivando a decisão judicial (chamada liquidação-fase). A despeito dessa lei, ainda hoje subsistem o processo autônomo de liquidação - em que ela é objeto de um processo de conhecimento autônomo, instaurado com essa exclusiva finalidade, geralmente para título executivo extrajudicial - e a liquidação incidental - em que ela ocorre como: a) um incidente processual da fase executiva do procedimento; ou b) um incidente processual do processo autônomo de execução (DIDIER & ZANETTI, 2008, p. 403).

¹⁴ STJ, 1ª Seção, EREsp 475.566/PR, rel. Min. Teori Zavascki, DJU, 13.09.2004, p. 168.
STJ, 5ª T., AgRg no REsp 676.239/RS, rel. Min. Laurita Vaz, DJU, 01.08.2005, p. 535.

¹⁵ De pouca aplicabilidade prática, e, por isso, por nós não examinada. Nesse caso, a execução coletiva é necessariamente individualizada, abrangendo o grupo de vítimas cujas indenizações já foram fixadas na(s) sentença(s) de liquidação (art. 98, CDC). É assim denominada porque proposta por um legitimado coletivo, tendo em vista que seu objeto é composto por pretensões individuais já liquidadas. Para Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p. 462) trata-se de ação pseudocoletiva, formada pela soma de parcelas identificadas de direitos individuais. Segundo ele, nem a liquidação nem a execução da norma jurídica concreta do art. 98, do CDC, é coletiva, ainda o que legitimado o seja (desde que a lei autorize a legitimidade extraordinária), pelo simples fato de que o direito tutelado é individual puro.

¹⁶ V., nesse sentido, STJ, 1ª T., REsp 487.202/RJ, rel. Min. Teori Zavascki, DJU 24.05.2004, p. 164.

Para o presente estudo, interessa-nos a liquidação incidental, uma porque a sentença judicial coletiva, transitada em julgado, é título executivo judicial, sendo por ela, no caso da tutela coletiva, buscadas a liquidação e a execução; outra por ter este trabalho como foco o processo judicial antiexacional, contra a Fazenda Pública, cuja execução em regra será feita por processo autônomo de execução.

A falta de previsão no Código de Processo Civil sobre a liquidação da sentença coletiva não impede a interpretação de que o regramento geral também se lhe aplica – logo, pode tal liquidação se dar, segundo os arts. 475-C e 475-E do CPC, por arbitramento¹⁷ ou por artigos¹⁸. Via de regra, a sentença coletiva relacionada a direitos individuais homogêneos tem sua liquidação buscada por cada um dos titulares individuais, em processo autônomo (caso de liquidação incidental). Não se pode esquecer, por óbvio, da liquidação e execução coletivas, promovidas por um substituto legal, que dar-se-ão nos próprios autos do processo de conhecimento, sem prejuízo das liquidações e execuções individuais daí pertinentes (cf. art. 97 e 98 *caput* c/c § 2º do art. 98 da Lei 8.078/90); tampouco se poderia olvidar que, superada a fase de habilitação e liquidação dos direitos individuais, cujo prazo é de um ano, cabe liquidação e, por certo, execução da *fluid recovery* nos mesmos autos do processo principal de conhecimento (art. 100, Lei 8.078/90). Nestes dois casos, a liquidação será apenas uma fase do processo de conhecimento, mesmo quando se tratar de direitos individuais homogêneos.

3.1.1 Condenação Genérica e Necessidade de Liquidação:

A) A Execução Individual da Sentença Coletiva:

Conforme já exposto, se o pedido na ação coletiva for julgado procedente, haverá a extensão da imutabilidade do julgamento aos interessados - às vítimas, ou seus

¹⁷ Mediante atividade de perito judicial, objetivando fixar o valor de certo bem ou de determinada prestação (art. 475-C, CPC), sendo utilizada: a) quando sentença ou convenção das partes impuser o seu uso; e b) quando a natureza do objeto da obrigação assim o exigir. Incide o contraditório, devendo a parte contrária ser comunicada para, querendo, participar (art. 475-A, §1º, CPC), indicando assistente técnico, apresentando quesitos ou ainda acompanhando o resultado da perícia ou a decisão judicial a seu respeito.

¹⁸ Feita quando, para a determinação do valor da condenação, houver necessidade de se alegar e provar fato novo (art. 475-E, CPC) - aquele que ficou de fora da condenação por não ter sido alegado, em virtude de autorização legal, na fase de conhecimento e que tenha influência direta na apuração do *quantum debeat*. Tem o intuito de apurar o dano existente e o nexo de causalidade entre este e o fato apurado na fase de conhecimento.

sucessores, do ato praticado pelo réu da demanda coletiva - que estarão exonerados da propositura de ações cognitivas individuais para a tutela de sua situação pessoal, em razão de já ter se formado título executivo em seu favor. Essa ampliação subjetiva alcança os indivíduos que intervieram no processo coletivo como assistentes - e não propriamente como litisconsortes de acordo com a dicção legal -, bem como aqueles que não ingressaram naquela relação processual (regra da coisa julgada *secundum eventum litis*).

De igual sorte, havendo procedência em ação coletiva referente a direito ou interesse difuso ou coletivo, a coisa julgada material se expande (extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva ao plano individual) para beneficiar os lesados individuais, servindo-lhes como título de uma execução individual.

Em ambos os casos, a efetiva reparação da lesão individual estará condicionada apenas à propositura da liquidação e da execução individual, seguindo, em linhas gerais, o sistema do Código de Processo Civil e em consonância com o art. 97 do CDC (que cuida da sentença condenatória *in pecunia*), quando deverá ocorrer a prova do dano individual, do seu nexos com o fato apurado na ação coletiva e do montante dos prejuízos. A liquidação tem, portanto, por objetivo verificar a extensão do dano e a identidade da vítima.

O pronunciamento do juízo do processo coletivo sobre questão fática ou jurídica comum - que é premissa, ou questão prejudicial da condenação individual - vincula o juízo da liquidação e execução individual, que não pode manifestar-se em sentido contrário. A existência do dever genérico de indenizar não é mais discutida nos processos individuais, nem negada pelo órgão judiciário, ficando a cognição restrita à prova do dano e da inserção da situação individual na responsabilidade genérica definida na sentença coletiva (art. 475-G, CPC¹⁹) – é o princípio da fidelidade à sentença liquidanda ou ao título.

B) A Execução Coletiva da Sentença Coletiva:

Há, ainda, a execução coletiva da sentença coletiva, mesmo em nível de direitos individuais homogêneos. Nesta, a liquidação da sentença pelos legitimados do

¹⁹ CPC, art. 475-G - *É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou.*

art. 82, do CDC²⁰, é sempre diferenciada daquelas promovidas pelas vítimas ou seus sucessores, o que está claro no art. 100, do CDC - pelo qual a liquidação coletiva tem por finalidade exatamente definir o *quantum* da lesão globalmente causada e não o dano individualmente sofrido por cada um dos lesados individualmente considerados -, que dispõe que os legitimados do art. 82 somente poderão propor tal liquidação se houver decorrido o prazo de 01 (um) ano sem que tenha havido qualquer iniciativa dos interessados ou sem que tenha habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano²¹ (é *residual*, vez que o objetivo da liquidação é apurar o “*quantum* residualmente devido”)²².

Entre os legitimados elencados no art. 82, do CDC, em função do foco deste trabalho ser o processo judicial antiexacional, em que o Fisco figure no pólo passivo do processo, ressalvam-se: i) o Ministério Público, pelo fato dos direitos individuais homogêneos se tratarem de direitos disponíveis; ii) União, Estados, Municípios e Distrito Federal e iii) entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, casos em que haveria coincidência dos sujeitos processuais. Restando²³, pois, as Associações legalmente constituídas há pelo menos um ano²⁴. Este último extensível aos partidos políticos, com representação no Congresso Nacional, aos sindicatos e às entidades de classe²⁵, para mandado de segurança coletivo, conforme art. 5º, LXX, “a” e “b”, da Constituição Federal.

²⁰ De acordo com a Professora Ada Pelegrini Grinover (2006, p. 887), os legitimados do art. 82 agem como representantes processuais e não como legitimados extraordinários, pois não agiriam em nome próprio, mas em nome das vítimas identificadas na liquidação.

²¹ A expressão “número (in)compatível com a gravidade do dano” infere em conceito indeterminado. Consubstancia em técnica legislativa que proporciona flexibilidade à norma, gerando também um espaço maior de liberdade ao juiz, como aplicador da lei.

²² O objetivo daquela regra é impedir que o condenado na ação coletiva envolvendo direitos homogêneos individuais esteja em situação de vantagem, quando se confronto o resultado obtido com a conduta danosa e a reparação a qual foi submetido judicialmente.

²³ O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo (art. 34, CBPC-IBDP: 2007) estenderia a representação, para liquidação e execução individuais das sentenças coletivas, mediante instrumento de mandato, às Defensorias Públicas, nada esclarecendo sobre a liquidação e execução coletivas das sentenças coletivas.

²⁴ O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 140.097-SP, Rel. Min. César Rocha, em 04/05/2000, decidiu que, pela relevância do bem jurídico a ser protegido, pode o Juiz dispensar o requisito da pré-constituição, superior a um ano.

²⁵ Desde que os direitos individuais homogêneos sejam conexos com os fins da entidade.

Veja que a legitimidade prevista no art. 82 serve apenas e exclusivamente para a propositura do pedido genérico de reparação e, com a sentença condenatória transitada em julgado²⁶, tal legitimação desaparece, reaparecendo se der o decurso do prazo de 01 (um) ano sem a iniciativa dos interessados. Antes deste tempo, o pedido formulado por quaisquer legitimados (art. 82, CDC) deverá resultar na extinção do processo de liquidação sem julgamento do mérito por faltar uma das condições para o exercício da ação: a legitimidade para agir. Pois, aqui não há legitimidade concorrente (e sim subsidiária) entre os ditos legitimados e os titulares dos direitos individuais homogêneos.

A liquidação coletiva tem em mira a obtenção de um *quantum* que irá, pela insignificância das liquidações individuais, diante da gravidade do dano (art. 100, CDC), integrar o Fundo criado pela Lei da Ação Civil Pública. Discute-se, portanto, se nesta liquidação coletiva haveria um “*desvio*’ da finalidade primeira da decisão sobre direitos individuais [...] que seria exatamente reparar os danos individualmente sofridos” (WAMBIER & WAMBIER: 2008, p. 275). Sendo, entretanto, esse “desvio” justificável pela necessidade de dar efetividade ao processo e pela destinação de tais recursos a outros tipos de atividades dirigidas à proteção da coletividade.

De acordo com o que se estabelece no art. 83, CDC²⁷, as ações coletivas devem ter condições de propiciar “a adequada e efetiva tutela” do direito protegido, é de bom alvitre então que os recursos sejam preferencialmente destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo isto possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que ela se repita.

Com relação ao produto da execução que se reverte ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos - *fluid recovery* ou “indenização fluida” ou “recuperação fluida”, trata-se dos valores referentes aos titulares dos direitos individuais recuperados para garantir o princípio da tutela integral do bem jurídico coletivo. Importante trazer uma ponderação de Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p.466): “*não pugnamos pela possibilidade de que seja possível a utilização da reparação fluida (art. 100 do CDC) quando as liquidações individuais sejam oriundas da coisa julgada ‘in utilibus’*”.

²⁶ Note-se que para Luiz Rodrigues Wambier (2007, p. 384-385), o prazo pode começar a correr antes do trânsito em julgado se o recurso contra decisão exequiênda não tiver sido recebido com efeito suspensivo.

²⁷ CDC, art. 83 - *Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.*

Após um ano, todavia, não haverá prejuízo para novas habilitações de vítimas ou seus sucessores que, ainda assim, poderão liquidar seus danos individualmente, pois a falta de habilitação da maioria dos interessados não pode determinar que a minoria que não foi inerte venha a perder o seu direito - este é o entendimento de Arruda Alvim (2006, p. 447). Cabem as observações críticas de Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p. 465), que teme por eventual *bis in idem*, tendo em vista a exigüidade do prazo de 01 (um) ano, que pode acarretar a situação de a liquidação fluida começar e terminar antes mesmo de o indivíduo ter promovido a sua liquidação individual.

Também seria possível a existência de liquidações distintas e concomitantes, promovidas individualmente pelas vítimas (ou sucessores) e por qualquer um dos legitimados do art. 82, hipótese em que incide o disposto no art. 99 do CDC: “*Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei 7.347(...) e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento*”. Caso em que deveria suspender o processamento da liquidação coletiva, porque o valor a ser apurado na liquidação individual deverá ser compensado.

Vê-se, com todo o exposto, que a execução coletiva de direito individual homogêneo esbarra com problemas de ordem prática. Muito acertadamente Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p. 466) entende que melhor teria feito o legislador se tivesse fixado o prazo de início da reparação fluida para o fim do prazo prescricional de exercício judicial do direito reconhecido como existente na sentença condenatória genérica.

De toda forma, acolhendo nossa tese, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, em seu art. 36, §4º (CBPC-IBDP: 2007), dispõe que: “*Enquanto não se consumir a prescrição da pretensão individual, fica assegurado o direito de exigir o pagamento pelo Fundo, limitado o total das condenações ao valor que lhe foi recolhido*”. Caso em que seria possível obter alguma segurança em relação às indenizações já pagas, mas também em relação às que estivessem em curso, tendo em vista a existência de certeza que daí para frente não poderia surgir nenhuma nova ação. Solução razoável seria também permitir ao juiz, no âmbito do controle jurisdicional da demanda, determinar qual o momento em que, arrefecidas as liquidações e execuções individuais, ficariam autorizadas a liquidação e a execução coletiva. Do contrário, prazo

prescricional muito extenso poderia prejudicar a efetividade da função para a qual foi estabelecida a “fluid recovery”.

3.2 A EXECUÇÃO NA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA:

Transitada em julgado a sentença, após o trâmite dos recursos cabíveis na liquidação²⁸, ou seja, passada a liquidação, citada é a Fazenda Pública para opor embargos à execução²⁹, no prazo de 30 dias³⁰ (art.730, *caput*, CPC); sendo estes parciais, a execução prosseguirá quanto à parte não embargada (art. 739-A, §3º, CPC)³¹ - relativamente ao valor equivalente à parte incontroversa³². Não apresentados ou rejeitados que sejam, o juiz, após o trânsito em julgado que julgar improcedentes os embargos³³, determina a execução.

A execução da sentença em ações coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos, mediante extração da certidão de sentença, é regulada pelos arts. 97 a 100 do Código de Defesa do Consumidor, podendo ser promovida, como já visto, pelas vítimas e seus sucessores (execução individual), bem como pelos legitimados em lei

²⁸ A liquidação incidental como: a) Incidente processual da fase executiva do procedimento de execução - decisão interlocutória proferida à etapa de cumprimento da sentença requerida, objetada mediante mero incidente de impugnação, que, por sua vez, é oponível por agravo de instrumento, importando em extinção da execução, caberá apelação; b) Incidente processual do processo autônomo de execução - se encerra, em primeira instância, com a decisão interlocutória, posto não pôr fim a nenhuma fase do procedimento, é ela agravável (art. 522, CPC) - por agravo de instrumento (art. 475-H, CPC). Se, no entanto, essa decisão interlocutória versar sobre o mérito da pretensão de liquidação, tem aptidão para, tornando-se irrecorrível, fazer coisa julgada material. Como liquidação-fase: encerra uma fase cognitiva do procedimento em primeira instância, seu julgamento gera uma sentença - impugnável por agravo de instrumento (art. 475-H, CPC).

²⁹ Os embargos à execução, opostos pela Fazenda, pela necessidade do trânsito em julgado da sentença de sua interposição, devem ter efeitos suspensivos, afastando a possibilidade de execução provisória.

³⁰ Não se aplica a regra do art. 188, CPC - que dá à Fazenda prazo em quádruplo para contestar - porque não se trata de defesa.

³¹ Art. 739-A, § 3º, CPC. “Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, essa prosseguirá quanto à parte restante”.

³² Que não se confunde com o fracionamento vedado no §4º, do art. 100 da CRFB/88.

³³ O ato do juiz que rejeita liminarmente os embargos, indeferindo, desde logo, a petição inicial (art. 295, CPC), ostenta o cariz de sentença. Logo, cabível, apelação, a ser recebida no duplo efeito. No curso do procedimento dos embargos, pode haver a prolação de decisões interlocutórias, que, em princípio, são atacadas por agravo retido, o qual deve ser reiterado nas razões ou contra-razões de apelação. Somente será cabível agravo de instrumento, se houver grave lesão ou de difícil reparação, ou na hipótese de inadmissão da apelação, ou, ainda, da decisão relativa aos efeitos em que recebe a apelação (art. 522, CPC).

para promover a ação (substitutos processuais), caso de execução coletiva. A despeito da importância dos direitos coletivos, não existe norma que privilegie a sua execução; subordinam-se eles às normas gerais de execução contra a Fazenda Pública, que - em sendo condenação por quantia certa - dar-se-á por meio dos precatórios e da requisição do pagamento de débito de pequeno valor.

E, em termos de precatório, os pagamentos devidos pela Fazenda devem limitar-se ao teto previsto nos orçamentos (ou créditos extraordinários adicionais), aprovados pelo Legislativo (art. 167, II, CRFB/88). Assim, os débitos da Fazenda só poderão ser saldados se o montante devido para tanto estiver previamente incluído no orçamento do respectivo órgão. Logo, as condenações somente serão pagas mediante precatório, expedido pelo Judiciário, e dirigido à entidade condenada, que deverá incluir o débito em seu orçamento, para pagamento, em futuro exercício financeiro, conforme a possibilidade da pessoa de direito público, ou seja, na medida da disponibilidade financeira da entidade para os exercícios futuros. Destarte, os valores requisitados serão incluídos no orçamento do ente condenado e pagos conforme a ordem da apresentação dos precatórios (art. 730, CPC).

Já os créditos de pequeno valor são saldados diretamente pela entidade devedora por meio da expedição de ofício requisitório pelo juízo da condenação, cujo procedimento é disciplinado pela Lei dos Juizados Especiais Federais. Não há propriamente um procedimento para a “execução”, limitando-se o juiz a requisitar do condenado o montante suficiente a saldar o crédito fixado em sentença. E, requisitado o pagamento, a entidade condenada terá o prazo de 60 dias para providenciá-lo, mediante depósito em agência da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, à disposição do Juízo. Não atendida a requisição judicial, poderá o juiz determinar o seqüestro da quantia suficiente a saldar o crédito devido (art. 17, §2º, da Lei 10.259/2001). Tal seqüestro não se presta a atacar eventual violação na ordem de pagamentos da Fazenda, mas sim a dar efetividade à decisão judicial, que não foi cumprida pelo devedor.

Assim, transitada em julgado a decisão favorável aos legitimados da ação coletiva, faz-se a liquidação, por cálculo ou arbitramento, apurando-se os valores a que faz jus cada legitimado. Esses valores variam de conformidade com a situação pessoal de cada litisconsorte ativo. Uns poderão situar-se dentro dos limites do *quantum* legalmente definido como sendo de pequeno valor, na forma do § 3º, do art. 100, da

CRFB/88, fixados em sessenta salários-mínimos³⁴. Outros poderão situar-se além desse limite, impondo-se, pelo que, o pagamento por via de precatório.

Nada impede também de os legitimados (coautores)³⁵, de comum acordo, solicitarem a expedição de um único precatório com a discriminação de valores cabíveis a cada um – o que importar-se-ia à “*fluid recovery*” por lhe ser mais palpável. Não podendo a lei ou o Presidente do Tribunal impedir que cada coautor receba o que lhe é devido, desde que - evidentemente - situado dentro do valor limite definido na lei de cada ente político devedor, ou, na sua ausência, do limite fixado no art. 87 do ADCT, acrescentado pela EC 37/2002.

4 A SATISFAÇÃO DO DIREITO PELA COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA:

No que tange os instrumentos de tutela dos direitos individuais homogêneos, ao mandado de segurança pode-se agregar a condição de demanda coletiva, não fazendo, por isso, juízo particular e individualizado dos direitos subjetivos tutelados, mas sim juízo genérico sobre o núcleo de homogeneidade desses direitos. Ressalta-se que o mandado de segurança, de acordo com a Súmula 213 do STJ, é a ação adequada para obter o efeito de compensar, objeto deste estudo, pois visa à tutela de direito líquido e certo na ocorrência de lesão ou ameaça à lesão de ato abusivo praticado pela autoridade administrativa tributária. Nada impede, pois, que nesse mesmo instrumento se conjugue as duas hipóteses cogitadas: a veiculação de uma pretensão de direito individual homogêneo cumulada com pedido de impedimento da exigência do tributo que, em face da compensação tributária, o contribuinte deixou ou vai deixar de pagar – posto preferir compensar no lugar da satisfação dessa dívida pela via dos precatórios.

Embora a lei atribua ao contribuinte o direito de fazer a compensação, podendo esta dar-se independentemente de qualquer procedimento judicial, caso ele se veja diante de atos normativos infralegais que restrinjam tanto o próprio direito de compensar quanto o modo de exercitá-lo, tendo justo receio de vir a ter não homologado o

³⁴ O § 5º, do art. 100 (CRFB/88) faculta à lei de cada entidade política fixar valores distintos conforme a sua capacidade financeira. São duas as delegações ao legislador ordinário: definir as obrigações de pequeno valor e distinguir valor em função da capacidade financeira de cada entidade política devedora.

³⁵ HARADA, Kiyoshi. *Precatórios de pequeno valor. Parcelamento*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1065, 1 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8394>>. Acesso em: 25 jun. 2009.

lançamento com a devida compensação que venha a fazer, pode o contribuinte se valer do mandado de segurança – posto serem questões exclusivamente de direito. Como também o poderia nos casos em que a Administração questiona o entendimento do contribuinte sobre o haver sido indevido o pagamento do tributo objeto da compensação.

E a condução da satisfação do crédito obtido pelo contribuinte perante a Fazenda, por meio da compensação tributária, é meio mais célere e eficaz do que a subordinação desse mesmo crédito ao sistema precatorial – não se incluindo nessa assertiva a requisição de pagamento de débito de pequeno valor. Isso porque os precatórios apresentados até 1º de julho deverão ser obrigatoriamente incluídos no orçamento da entidade, para pagamento até o final do exercício seguinte (art. 100, §1º, CRFB/88); tal obrigatoriedade é limitada pela disponibilidade orçamentária do ente condenado (art. 100, §2º, CRFB/88). Por isso, freqüentemente, os precatórios apresentados até aquela data não são pagos no exercício financeiro seguinte, por conta de insuficiência de recursos para saldar todos os débitos, ficando postergados para o exercício financeiro subsequente ou para mais adiante. E, por seu turno, os precatórios apresentados depois de 1º de julho, que deveriam ser encaminhados para inclusão no orçamento seguinte ao próximo, obedecem a ordem cronológica, estendendo-se no tempo.

Por compensação tributária se entende o “encontro de contas” entre a Administração e o contribuinte, ou seja, a lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários (os devidos pelo contribuinte por realizar fato gerador de determinado tributo) com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do contribuinte contra a Fazenda Pública (os devidos pela Fazenda em ações antiexacionais procedentes – como seria o caso da ação coletiva de tutela de direitos individuais homogêneos).

A compensação tributária – modalidade indireta (por lei) de extinção do crédito tributário – está prevista nos arts. 170 e 170-A do CTN, sendo vedada mediante o aproveitamento de tributo objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. Carece a compensação de lei autorizativa, conforme a dicção do art. 170 do CTN. Tal pressuposto é o motivo de

constante confusão entre a compensação a que se reporta o Código Tributário Nacional com aquela autorizada pelo artigo 66, da Lei 8.383/91, de âmbito federal.

Cuida o Código da compensação de créditos tributários, com créditos de qualquer natureza, desde que líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo com a Fazenda Pública. Caso em que depende de prévia anuência da autoridade fazendária, que promoverá a anterior verificação do *quantum* devido. Os objetos da compensação, aqui, são, de um lado, um crédito tributário, que é por natureza líquido e certo, posto que constituído pelo regular procedimento administrativo de lançamento; e do outro, um crédito que o sujeito passivo daquela relação tributária tem junto a um devedor qualquer, que pode ser a própria Fazenda ou terceiro.

Já a Lei 8.383/91, em seu art. 66, permite a compensação dos tributos federais com a mesma destinação constitucional ou quando arrecadados pelo mesmo sujeito ativo, ou seja, para tributos de mesma espécie³⁶. Concerne à compensação no âmbito do lançamento por homologação, o que não depende de prévia anuência da autoridade fazendária; e a verificação do *quantum* pela autoridade se dá posteriormente. Aqui, a compensação autorizada é apenas de créditos do contribuinte, ou responsável tributário, contra a Fazenda Pública, decorrentes de pagamento indevido de tributos ou contribuições federais, com tributo da mesma espécie, relativo a períodos subseqüentes. Os objetos da compensação, neste caso, são, de um lado, um futuro crédito tributário e do outro, um crédito que o sujeito passivo da relação tributária tem perante a Fazenda Pública. Não exige a lei que se trate de crédito líquido e certo, posto que, limitando o direito à compensação aos valores concernentes a tributo pago indevidamente, tem como suficiente o reconhecimento de que realmente era indevido o tributo. A compensação autorizada pelo art. 66, da Lei 8.383/91, tem a mesma natureza de pagamento antecipado, não extingue o crédito tributário, ou o extingue sob condição resolutória de ulterior homologação (art. 150, §1º, CTN). Negada essa homologação, anula-se a extinção e abre-se oportunidade a lançamento de ofício.

E ainda é levado, ao âmbito do instituto da compensação, o poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora (§2º, art. 78, ADCT); em que o não pagamento de determinada parcela do precatório acarretaria o vencimento antecipado

³⁶ Tributos de mesma espécie são os instituídos e arrecadados pela mesma pessoa jurídica e com igual destinação – Resp 252.241/RJ, j. 03.12.2002

das demais, porque devem elas ser anuais, iguais e sucessivas, o que habilita o titular do precatório extinguir o débito tributário junto à Fazenda devedora até o montante total representado pelo valor das parcelas vencidas por antecipação.

Aparece, nesse contexto, discussão doutrinária sobre a validade da compensação - que tem por característica se operar somente entre tributos (art. 170 do CTN) - feita entre crédito proveniente de precatório e o crédito tributário, o que configuraria uma dação em pagamento, seria tal questionamento imprescindível se não fosse o fato de que, na hipótese do processo antiexacional trabalhada, o crédito que originou o precatório tenha natureza igualmente tributária³⁷.

De plano, cabe salientar que ao estudo em voga não comporta alusão ao §2º do artigo 78 da ADCT, porquanto, embora comumente lhe tenha dado por nome “compensação tributária”, o caso, que difere do regime geral previsto no art. 100 da CRFB/88, é de moratória sobre precatórios judiciais já constituídos e pendentes de pagamento na data da publicação da EC 30/2000, sendo, pois, medida especial, como o foi o artigo 33 da ADCT, para forçar o regular pagamento dos precatórios não depositados no prazo legal.

Situação outra é a do objeto de nossas pesquisas, por tratar da compensação dependente de lei autorizativa, quando da exigência pelo Fisco de tributo inequivocadamente indevido ou inconstitucional, por ser suscetível de tutela coletiva. Afastamos, portanto, a compensação objeto de homologação ulterior (art. 66, da Lei 8.383/91), por contemplar basicamente situação de tributo pago indevidamente³⁸ por conta do contribuinte, o que melhor condiz com direitos individuais e não coletivos.

³⁷ Em analogia ao disposto item IV no RE 593646 / SP – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. em 23/11/2009: “Em conformidade com o que dispõe o art. 66, parágrafo 1º, da Lei nº 8.383/91, a compensação somente poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie e destinação orçamentária, daí porque as parcelas da contribuição para o salário-educação (DL 1.422/75, e Decretos ns. 76.923/75 e 87.043/82) podem ser compensadas com parcelas vincendas do próprio salário-educação (Lei nº 9.424/96)”.

³⁸ A compensação autorizada pelo artigo 66, da Lei 8.383/91, diz respeito especialmente aos casos de lançamento por homologação, cuja averbação e cálculo é de responsabilidade do contribuinte, que assume o risco da operação e, por isso, independe de qualquer procedimento administrativo preparatório.

4.1 A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO COLETIVA PELA VIA DA COMPENSAÇÃO:

Assim, o crédito tributário decorrente da procedência de ação de repetição de indébito, submete-se à regra geral insculpida no artigo 100 da CRFB/88, devendo seu pagamento ser efetuado por meio de precatório ou requisição de pequeno valor. É facultado ainda ao contribuinte manifestar a opção pela compensação do crédito (RE 591440 / SC –Rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. em 04/03/2010).

Embora a compensação, desde que cumpridas as exigências legais, não se situe dentro da esfera de discricionariedade da Administração, constituindo-se em direito subjetivo do contribuinte (STF, AC 1964 / PR – Rel^a. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. em 11/03/2008), a compensação com um precatório que não seja o primeiro da lista de preferência pretere aqueles que estão em posição anterior (RE 585288 / DF –Rel^a. Min. ELLEN GRACIE, j. em 02/02/2010). Logo, haveria a impossibilidade de se implantar a compensação no momento da execução como substitutiva do precatório. Do contrário, a pronta interposição do pedido de compensação poderia não só representar burla a ordem cronológica de pagamento do sistema precatorial, como também extrapolar as dotações orçamentárias previstas para o exercício financeiro em que correria. Aqui, sob o fundamento do princípio da razoabilidade, a questão da plena satisfação do direito individual homogêneo há que ser delineada pela segurança jurídica da ordem econômica.

Em relação ao precatório, o aproveitamento do crédito nele representado, para garantir execução movida contra o seu titular, importa, por vias transversas, espécie de compensação tributária. E em execução fiscal só é admitida a compensação de créditos mediante expressa autorização legislativa, conforme resulta do art. 170, *caput*, CTN. Deste mesmo dispositivo, se extrai, inequivocamente, que a norma não consagra direito à compensação, apenas confere ao legislador ordinário a faculdade de 'autorizar a compensação de créditos tributários'. Destarte, ausente autorização legislativa, inviável a compensação de créditos de precatório com débitos da Fazenda Pública. Se a compensação de créditos constantes de precatórios com débitos tributários vencidos não está autorizada em lei, aplicar, pura e simplesmente, o regime da compensação prevista no direito privado para as relações de direito tributário abriria perigosa via para fraudar

o modo de pagamento dos precatórios, com desvirtuamento dos valores jurídicos que com ele se buscou preservar (STF, AI 699198 / RS – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 14/04/2008).

E, sem lei específica, a compensação só pode ser operada de forma indireta, no bojo de uma execução fiscal onde o executado, credor da Fazenda Exequente, tenha oferecido à penhora os direitos decorrentes do precatório judicial³⁹.

Vê-se, com isso, que, em primeiro plano, a facultatividade da elaboração de lei autorizativa de compensação obsta a efetividade da execução ou satisfação do crédito tributário devido. No tocante à execução de uma tutela coletiva que trata de direitos individuais homogêneos, pode ela se dar, como já visto, individual ou coletivamente (caso do *fluid recovery*), desde que em consonância com os requisitos e critérios - por nós já desenvolvidos no corpo do trabalho - que lhes são demandados. Impera neste ponto os subprincípios da continuidade da demanda e do interesse público na execução integral, visando, com isso, a máxima efetividade e o acesso à justiça e à ordem jurídica justa.

Todavia, ainda que haja a possibilidade de conversão, em razão da celeridade e efetividade processual, da condenação por quantia certa em compensação tributária, nas causas tributárias ajuizadas contra a Fazenda Pública, sob o critério da facultatividade, aquela é uma opção eminentemente da “execução individual” (receber o precatório ou compensar); quanto à “execução coletiva”, por esta ser feita por um legitimado extraordinário, obrigatoriamente deve ela ser ressarcida por meio dos precatórios, seja porque o interessado individual pode, na proporção que lhe é devida, “resgatar” a indenização pelo seu dano, que lhe ficaria, em princípio, garantida através do Fundo, seja porque a tais legitimados (substitutos processuais) - como o sindicato e o partido político - não lhes é dado compensar, vez que o direito é titularizado por terceiros – e, mesmo se deles também o fosse, sua imunidade tributária para impostos faria com que, em tese, a compensação não fosse plausível ou possível.

Neste último ponto, faz-se necessário observar que a imunidade tributária dos representantes processuais é em relação a impostos - uma das espécies de tributo (art.

³⁹ HARADA, Kiyoshi. *Precatórios judiciais e compensação tributária*. Em: <http://www.netlegis.com.br/index.jsp?arquivo=detalhesArtigosPublicados.jsp&cod2=573>, acessado em 25 de Março de 2010.

150, VI, c, CRFB/88)⁴⁰, não a tributos como um todo; já a compensação, pelo Código Tributário Nacional (art. 170 c/c art. 156, II)⁴¹ - que contém as normas gerais de Direito Tributário -, fala em “créditos tributários”, ou seja, créditos decorrentes de tributo (gênero). Assim, conquanto se possa proceder à compensação, tal atividade em nada impede que o interessado venha a resgatar o seu crédito no sindicato, *v.g.*, desde que não decaído o seu direito. O que não significa um desvio de finalidade, pois o sindicato - por exemplo - recolhe contribuição sindical, tendo, pois, um “Fundo” próprio (melhor, receita própria), podendo, com este, restituir o Fundo coletivo. Obviamente haveria a necessidade de fiscalização e, provavelmente, de um prévio depósito ou penhora em garantia. O intuito aqui não seria se utilizar ele próprio de um benefício coletivo, mas aproveitar a possibilidade da compensação, como mecanismo célere e eficaz do resultado do processo. Na prática, entretanto, a administração do Fundo não é feita pelo autor da ação coletiva, *i.e.*, não fica a cargo do legitimado extraordinário (da associação); do contrário, é revertida para o próprio ente estatal, constituindo-se em receita pública – o que esvazia a finalidade precípua da execução coletiva, contra a Fazenda Pública.

Se formos pensar mais profundamente, veremos que o mandado de segurança coletivo pode conjugar a proteção dos direitos individuais homogêneos com a compensação tributária - por ser ação propícia tanto para um quanto para outro - e, apesar da sentença proferida ser declaratória⁴², sua eficácia pode ser sim executiva⁴³. Logo, como instrumento adequado para veicular essas duas hipóteses em conjunto, só se

⁴⁰ CRFB/88, art. 150 - *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] VI- instituir impostos sobre: [...] c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; [...].*

⁴¹ CTN, art. 170. *A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública. [...]*

CTN, art. 156, II. *Extinguem o crédito tributário: [...] II - a compensação; [...].*

⁴² O direito à compensação pode e, no geral, é feito por meio de sentença declaratória, tanto por via de mandado de segurança como por ação declaratória de inexistência da relação jurídica tributária.

⁴³ “*Tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz definição integral da norma jurídica individualizada. Não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente*” (EREsp 502.618/RS, 1ª Seção, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 01.07.2005).

lhe aplica a execução individual dos direitos acidentalmente coletivos. Vê-se, com isso, que, nas ditas hipóteses, o legislador afastou a execução por via do “*fluid recovery*”.

Fato é que o bem jurídico tutelado e a repercussão social da demanda não sofrem modificações, uma vez que o processo de conhecimento é único, apesar de haver duas maneiras de se executar aquele processo coletivo de direitos individuais homogêneos (pela via coletiva ou individual); logo, parece um exagero um tratamento tão desigual em função do tipo de execução feita (até poderia caber um diferenciado dada às peculiaridades de cada qual, mas um desigual não). Afastar totalmente o cabimento do mandando de segurança para compensação em execução coletiva contra a Fazenda fere os princípios constitucionais defendidos nesta redação.

Assim, precatório, requisição de pagamento e compensação são as únicas formas⁴⁴ de sanar a dívida fazendária de pagamento de quantia certa. A última só para débito de natureza tributária. Tais mecanismos executórios, como foi visto, possuem imperfeições do ponto de vista prático. Não é o caso, no entanto, de se buscar outras maneiras de se efetivar o direito garantido no título. Mas de amadurecer os mecanismos já existentes. O que aqui se assera também se aplica aos instrumentos de tutela dos direitos coletivos. Logo, os direitos tutelados pela via das ações coletivas necessitam de uma tutela jurisdicional executiva de resultados efetivos. E falar em jurisdição destituída de instrumentos que permitam realizar materialmente o direito, tal como ocorre, implica em reduzir significativamente sua importância e razão de ser.

5 CONCLUSÃO:

Diante do panorama necessário ao entendimento das questões – que permeiam os direitos individuais homogêneos – elucidadas no decorrer deste trabalho, *mister* se faz debruçar tais direitos à luz dos seus adequados instrumentos a fim de que, por servirem ao processo judicial antiexacional, propiciem a eficácia executiva da pretensão a que se busca: notadamente uma sentença condenatória que enseje uma execução por quantia certa.

A execução da sentença em ações coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos, mediante extração da certidão de sentença, é regulada pelos arts. 97 a 100

⁴⁴ Veja que o sequestro só a sana em função do inadimplemento daqueles; trata-se, pois, de forma de reparação sancionadora.

do Código de Defesa do Consumidor, podendo ser promovida pelas vítimas e seus sucessores (execução individual), bem como pelos legitimados em lei - substitutos processuais - para promover a ação (execução coletiva). Apesar da importância dos direitos coletivos, não existe norma que privilegie sua execução; subordinam-se eles às normas gerais de execução contra a Fazenda Pública, que - em sendo condenação por quantia certa - dar-se-á por meio dos precatórios e da requisição do pagamento de débito de pequeno valor.

Quanto à restituição dos valores recolhidos indevidamente, pode ela se dar por meio de ação declaratória ou por sentença condenatória contra a Fazenda, na qual se emita precatório, podendo este - a pedido do contribuinte - ser substituído pelo instituto da compensação. Lembrando que, em cognição sumária, o juiz não pode aferir liquidez de crédito oriundo de indébito tributário, ou seja, o pedido que se pode fazer em mandado de segurança que visa à compensação do crédito tributário só pode dizer respeito ao reconhecimento do direito do contribuinte em proceder à compensação; reservando-se, expressamente, à autoridade fazendária o direito, também inalienável, de fiscalizar se a compensação será efetivada adequadamente ou se será realizada de acordo com os comandos legais.

Todavia, a mera opção pela compensação não é, de *per si*, condição para a plena satisfação do direito do credor-contribuinte, esbarrando com obstáculos que vão desde “ausência de lei autorizativa para proceder a compensação” a “restrições do instituto, sem fundamento legal, à execução individual dos direitos individuais homogêneos tão-somente, tendo por prejudicada a execução coletiva”.

Vemos, assim, que inúmeros são os percalços por que passa o processo que visa à tutela de um direito individual homogêneo; por isso, a importância de se estudar com mais afinco os meandros, por nós deparados em todo o caminho processual, que obstam a real efetividade da sentença coletiva, a fim de que o magistrado de fato promova a harmonização entre os institutos de Direito e a justiça social.

Hodiernamente, porque a efetividade é o signo que marca as modernas preocupações processuais, discute-se o papel do juiz como intérprete de dispositivos legais para sanar as lacunas do Direito positivista e se aplicar aos casos concretos uma norma garantidora de resultados que satisfaçam a realização do direito pleiteado pela via processual, a que pese trazer inovações como alternativa para aquela satisfação.

Mas, se o Poder Judiciário exerce papel preponderante dentro das relações de poderes, pelo fenômeno da judicialização tanto política quanto das relações sociais, no caso do processo tributário - a despeito da dimensão de um direito que se assume coletivo - é condição “*sine qua non*” que o Executivo com ele interaja. Estamos, pois, diante de um contencioso administrativo que é atravessado pelo judicial, em que este só existe por conta daquele.

Com toda essa atividade conjunta, questiona-se - principalmente porque no Direito Comparado, a exemplo da Alemanha, já foi implantado e funciona - se há, nos casos de atividades estritamente administrativas, como é o Direito Tributário, a necessidade de acionar indiscriminadamente o Judiciário. Ao ponto de se forçar, atualmente, o aperfeiçoamento e o desenvolvimento da *justiça administrativa*, tornando imperativa, para tal, a necessidade de adaptação das leis e da doutrina, e desde que se promova o princípio da harmonização processual entre as duas esferas cognitivas (a administrativa e a judicial), conjugado com o princípio da efetividade de suas tutelas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVIM, Eduardo Arruda. *Coisa Julgada e Litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. GRINOVER, Ada Pellegrini et. all (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela de Direitos Individuais Homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia*. In: *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. GRINOVER, Ada Pellegrini et. all (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Cumprimento da sentença e Processo de Execução: ensaio sobre o Cumprimento das Sentenças Condenatórias*. In: *Execução Civil*. DIDIER Jr., Fredie (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DIDIER JR., Fredie. *Leituras Complementares de Processo Civil*. 6ª ed., Bahia: Editora Podivm, 2008.

_____. *Execução Civil*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006.

- _____. *Ações Constitucionais*. 2ª ed., Bahia: Editora Podivm, 2008.
- DIDIER JR., Fredie & ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. Vol. 4. 3ª ed. Bahia: Podivm Editora, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed., Vol. 4. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et all. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Direito Processual Coletivo*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela Coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006.
- HARADA, Kiyoshi. *Precatórios de pequeno valor. Parcelamento*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1065, 1 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8394>>. Acesso em: 25 jun. 2009.
- HARADA, Kiyoshi. *Precatórios judiciais e compensação tributária*. Em: <http://www.netlegis.com.br/index.jsp?arquivo=detalhesArtigosPublicados.jsp&cod2=573>, acessado em 25 de Março de 2010.
- MACHADO, Hugo de Brito Machado. *Mandado de Segurança em Matéria Tributária*. São Paulo: RT, 1994.
- MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Execução*. 2ª ed., vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MARINS, James. *Ações Coletivas em Matéria Tributária*. São Paulo: Revista de processo, 1995.
- _____. *Fundamentos do Processo Tributário e Execução Fiscal*. Caderno de Direito Tributário. São Paulo: EMAGIS, 2006.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão da segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. São Paulo: RT, 2005.
- SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 8. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*. RePro 78/42, São Paulo: RT, abr.-jun., 1995.

_____. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Reforma do Processo Coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para Direitos Individuais Homogêneos e para Direitos Transindividuais*. In: *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. GRINOVER, Ada Pellegrini *et. all* (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre a Liquidação e a Execução das Sentenças Coletivas*. In: *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. GRINOVER, Ada Pellegrini *et. all* (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Anotações sobre a crise do processo de execução: algumas sugestões voltadas à sua efetividade*. In: *Execução Civil*. DIDIER Jr., Fredie (coord.). Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.