

Algumas considerações sobre a medida provisória nº 449 e a inconstitucional “bancarização” da dívida ativa da união

Carlos Alexandre Domingos Gonzales¹

Mario Augusto Carboni²

1. Introdução

Com o intuito de racionalizar a cobrança da dívida ativa da União, o Poder Executivo Federal editou a Medida Provisória nº 449, publicada no diário oficial da União, do dia 3 de dezembro de 2008, a qual alterou a legislação tributária relativa a parcelamentos de débitos tributários.

Conquanto referida Medida Provisória trate de outros assuntos deveras polêmicos, tais como a remissão de dívidas de até R\$ 10 mil vencidas há mais de cinco anos, o objetivo do presente estudo será restrito à denominada “bancarização” da dívida ativa da União, inovações prevista no artigo 55, que transfere para instituições financeiras os atos de cobrança amigáveis de tais créditos. Reza o referido artigo, verbis:

Art.55.Os órgãos responsáveis pela cobrança da Dívida Ativa da União poderão utilizar serviços de instituições financeiras públicas para a realização de atos que viabilizem a satisfação amigável de créditos inscritos.

§ 1^a Nos termos convencionados com as instituições financeiras, os órgãos responsáveis pela cobrança da Dívida Ativa:

I - orientarão a instituição financeira sobre a legislação tributária aplicável ao tributo objeto de satisfação amigável;

II - delimitarão os atos de cobrança amigável a serem realizados pela instituição financeira;

III - indicarão as remissões e anistias, expressamente previstas em lei, aplicáveis ao tributo objeto de satisfação amigável;

IV - fixarão prazo que a instituição financeira terá para obter êxito na satisfação amigável do crédito inscrito, antes do ajuizamento da ação e execução fiscal, quando for o caso; e

V - fixarão os mecanismos e parâmetros de remuneração por resultado.

1 Procurador da Fazenda Nacional em Ribeirão Preto/SP, ex-Advogado da União. Pós Graduação em Direito Constitucional pela UNISUL. Professor das Faculdades COC de Ribeirão Preto e do curso SEAD-LFG.

2 Procurador da Fazenda Nacional em Ribeirão Preto/SP. Pós Graduação em Direito Público pela Universidade de Brasília. Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Franca

§ 2º Para os fins deste artigo, é dispensável a licitação, desde que a instituição financeira pública possua notória competência na atividade de recuperação de créditos não pagos.

§ 3º Ato conjunto do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado da Fazenda:

I - fixará a remuneração por resultado devida à instituição financeira; e

II - determinará os créditos que podem ser objeto do disposto no caput deste artigo, inclusive estabelecendo alçadas de valor.

Percebe-se, pois, que doravante os órgãos responsáveis pela inscrição e cobrança da dívida ativa federal poderão celebrar acordos com instituições financeiras públicas, a fim de viabilizar a satisfação amigável de créditos inscritos.

Feitas tais observações preliminares, cumpre indagar se seria possível, após a inscrição em dívida ativa, a transferência, para instituições financeiras, dos atos de cobrança amigáveis de tais créditos?

Demonstrar-se-á a impossibilidade, em face da violação à Constituição Federal e à Lei Complementar 73/93, de se atribuir a instituições financeiras, ainda que públicas, o desempenho de atividades tipicamente estatais, que somente poderiam ser exercidas por agentes públicos, pertencentes a carreiras típicas de estado.

De início, registre-se que não é de hoje a intenção de se terceirizar a cobrança da dívida ativa da União. Conforme observa Paulo de Barros Carvalho³:

Em abril de 1990 foi editada a medida provisória nº 178 que autorizou o Poder Executivo a ceder, a título oneroso e mediante licitação, créditos inscritos como Dívida Ativa da União. Esgotado o prazo do parágrafo único do artigo 62 da Constituição Federal, não foi convertida em lei, perdendo eficácia

Mais recentemente, a Resolução nº 33/2006, do Senado Federal permitiu a cessão da dívida ativa dos Estados, Distrito Federal e Municípios para instituições financeiras. Importante ressaltar que, relativamente a essa resolução, tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3786 (relator Min. Carlos Aires Brito), movida pela Associação Nacional dos Procuradores de Estado, mas ainda pendente de julgamento.

Alega-se, como argumento para justificar a terceirização da dívida ativa, a ineficiência dos órgãos encarregados da sua cobrança, que na sua maioria carecem de servidores e estrutura para o desempenho dessa relevante função.

Como pano de fundo, há também o interesse declarado de instituições financeiras privadas, nacionais e estrangeiras, que vêm na terceirização da Dívida Ativa federal, estadual e municipal, uma inesgotável fonte de incremento de suas - já vultosas - receitas.

2. Das funções do estado moderno

Segundo Régis de Castro Andrade⁴, as funções desempenhadas pelo Estado moderno podem ser classificadas em três grandes grupos: a) funções de Estado *stricto sensu*; b) funções econômicas e c) funções sociais.

A doutrina é unânime em afirmar que as funções *stricto sensu* são intransferíveis, logo, exclusivas e permanentes do Estado. Já as funções econômicas são parcialmente intransferíveis. Por derradeiro, as funções sociais são exercidas tanto pelo Estado, quanto pelo setor privado.

Com efeito, o Programa Nacional de Desestatização, iniciado na metade da década de 90, incentivou um programa de privatizações no setor público, sobretudo naquelas funções passíveis de serem exercidas pela iniciativa privada, trazendo como principal bandeira a necessidade de redução dos custos estatais.

Assim, a partir das Emendas Constitucionais nº 5, 6, 7, 8 e 9, todas de 1995, a iniciativa privada passou a agir nas áreas que, até então, eram de atuação exclusiva do Estado. Tal fenômeno se verificou nos serviços públicos de telefonia, energia elétrica, petróleo, gás, conservação de estradas etc.

Todavia, ultimamente, nota-se uma tentativa de transferir para o setor privado também aquelas atividades fins do Estado (funções Estatais *stricto sensu*), entre as quais se encontram aquelas denominadas tipicamente estatais.

Salvo melhor juízo, a Medida Provisória nº 449, ora em comento, confirma a tendência acima mencionada, ainda que de forma subliminar, transferindo (ad referendum do Congresso Nacional) à iniciativa privada atividades tipicamente estatais, no caso, a cobrança da dívida ativa da União.

3. Carreiras típicas de estado

Registre-se que as denominadas carreiras típicas de estado seriam aquelas carreiras públicas imprescindíveis ao funcionamento do Estado e para as quais não há um paralelo na iniciativa privada.

A Constituição Federal, em seu artigo 3º, consigna os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, quais sejam: constituir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e de outras formas de discriminação.

Pois bem, para atingir tais objetivos a que se propõe, o Estado deve atuar através

4 ANDRADE, Régis de Castro et alii. Estrutura e Organização do Poder Executivo - Administração Pública Brasileira. Volume 2 - CEDEC/ENAP, 1993, p. 29-39.

de seus agentes públicos, os quais para se desincumbirem de seus encargos recebem da lei prerrogativas não extensíveis aos demais cidadãos.

Não é por outro motivo que tais carreiras, consideradas típicas de estado, devem adotar o regime estatutário, com vistas a dar aos seus membros garantias no exercício de seus cargos, contra influências políticas. Por conseqüência, fica vedada adoção de regime jurídico diferenciado para servidores de uma mesma carreira ou categoria.

Por essa razão, impõe-se que as carreiras típicas de Estado sejam precisamente identificáveis, ou seja, que seus membros não possam ser confundidos com demais servidores (empregados públicos ou particulares em colaboração com o poder público), exercentes de atividades não típicas.

A primeira norma a elencar as atividades típicas de Estado foi a Lei nº 6.185/74, estabelecendo em seu art. 2º como tais, aquelas compreendidas nas áreas de Segurança Pública, Diplomacia, Tributação, Arrecadação e Fiscalização de Tributos Federais e Contribuições Previdenciárias, Procuradoria da Fazenda Nacional, Controle Interno e Ministério Público.

Posteriormente, já na vigência da Constituição Federal de 1988, a Lei nº 7.995/90, no seu artigo 1º, inciso I, consagrou o seguinte rol de carreiras e categorias admitidas como típicas de Estado a serem tratadas de forma isonômica e já à época sujeitas ao regime estatutário, a saber:

São fixados, nas Tabelas do Anexo I e IX desta Lei, os vencimentos ou gratificações:

I - dos integrantes das carreiras ou categorias funcionais Auditoria do Tesouro Nacional, Finanças e Controle, Orçamento, Procurador da Fazenda Nacional, Assistentes Jurídicos, Procuradores Autárquicos, Procuradores e Advogados de Ofício do Tribunal Marítimo, Polícia Federal, Polícia Civil do DF, Diplomata do Serviço Exterior e Gestor Governamental.

Sem prejuízo de leis ou atos normativos definindo ora umas, ora outras as chamadas funções típicas de estado, o certo é que a própria Constituição Federal, ao organizar os Poderes da República, exigiu a instituição de determinadas carreiras essenciais ao funcionamento do Estado. Senão, vejamos:

Reza o artigo 21, inciso I da Constituição Federal, competir a União, exclusivamente, manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais. Tal atividade, por ser tipicamente estatal, somente poderá ser exercida pela União, através de órgão específico – no caso, o Ministério das Relações Exteriores –, e por meio de agentes públicos, componentes de carreiras específicas (Diplomatas e Oficiais de Chancelaria).

Do mesmo modo, compete à União, de forma exclusiva, organizar, manter e executar a inspeção do trabalho (artigo 21, XXIV), atividade tipicamente estatal que será exercida

por agentes públicos, pertencentes às carreiras de Fiscais do Trabalho e demais Agentes da Inspeção do Trabalho (Médicos do Trabalho, Engenheiros e Assistentes Sociais).

Ademais, a Emenda Constitucional 42, ao incluir o inciso XXII do artigo 37 da Constituição Federal consagrou que as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios são atividades essenciais ao funcionamento do Estado e devem ser exercidas por servidores de carreiras específicas, no caso, auditores fiscais das Receitas Federal, Estaduais e Municipais.

Podemos também mencionar o art. 144 da Constituição Federal, segundo o qual a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: polícia federal; polícia rodoviária federal; polícia ferroviária federal; polícias civis; polícias militares e bombeiros militares. Tais instituições são compostas por agentes públicos, ocupantes de cargo efetivo (policiais civis e federais; patrulheiros rodoviários federais; militares das polícias e dos corpos de bombeiros, etc.).

Por fim, a Constituição Federal de 1988 consagrou também órgãos jurídicos (Advocacia-Geral da União e Defensoria Pública da União), compostos por Advogados Públicos e Defensores Públicos federais, encarregados, respectivamente, de representar a União, judicial e extrajudicialmente e de prestar assistência jurídica integral e gratuita, aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 131 e 134 da Constituição Federal).

Esclareça-se que o rol acima mencionado é meramente exemplificativo, havendo inúmeras outras atividades, consideradas pelo Texto Constitucional, como típicas de estado.

Assim, todas essas atividades, por serem tipicamente estatais, nos termos da Constituição Federal, somente podem ser exercidas por servidores públicos, ocupantes de cargo efetivo, aprovados em concurso público de provas ou de provas e títulos. Como consequência, tais atividades não podem ser transferidas à iniciativa privada, ainda que a título de concessão ou permissão.

4. A cobrança da dívida ativa da união como atividade estatal indelegável

Ainda como ponto de partida do presente estudo, torna-se importante conceituar dívida ativa, a fim de demonstrar que tal atividade se inclui no rol de atividades tipicamente estatais, razão pela qual sua transferência para a iniciativa privada estaria vedada. Com efeito, o conceito de dívida ativa está positivado no Código Tributário Nacional, que prevê em seu artigo 201, verbis:

Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.

Também a Lei 4.320/64, que dispõe sobre normas gerais de Direito Financeiro para elaboração dos orçamentos e balanços da União, dos Estados e dos Municípios, prevê em seu artigo 39, caput e §1º que:

Art. 39 - Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias.

§ 1º - Os créditos de que trata este artigo, exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento, serão inscritos, na forma da legislação própria, como Dívida Ativa, em registro próprio, após apurada a sua liquidez e certeza, e a respectiva receita será escriturada a esse título.

Nesse passo, a inscrição em dívida ativa traduz-se em um dos mais importantes atos administrativos, voltados à satisfação do crédito tributário, já que é o primeiro momento em que a administração pública, através de seus agentes públicos, realiza o controle de legalidade sobre a constituição do seu crédito. Com precisão que lhe é peculiar, observa Paulo de Barros Carvalho⁵:

Sempre vimos o exercício de tal atividade revestido da mais elevada importância jurídica. É o único ato de controle de legalidade, efetuado sobre o crédito tributário já constituído, que se realiza pela apreciação crítica de profissional obrigatoriamente especializado: os procuradores da Fazenda. Além disso, é a derradeira oportunidade que a administração tem de rever os requisitos jurídicos-legais dos atos praticados.

Diga-se, também, que o ato de inscrever um crédito tributário em dívida ativa é ato plenamente vinculado, por decorrência lógica do próprio artigo 3º do Código Tributário Nacional que reza:

Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Sendo a cobrança do tributo ato plenamente vinculado, é intuitivo concluir que, sendo o ato de inscrição do crédito em dívida ativa providência preliminar à cobrança, será esse ato de inscrição também vinculado.

Entenda-se por plenamente vinculada, a atividade em que não é atribuída ao administrador qualquer margem de conveniência ou oportunidade. Celso Antonio Bandeira de Mello⁶ ensina, com precisão, que:

A lei, todavia, em certos casos, regula dada situação em termos tais que não resta ao administrador margem alguma de liberdade, posto que a norma a ser implementada perfigura antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista.

Vê-se, portanto, que o ato de cobrança do tributo não admite, por parte do agente público responsável pela cobrança, juízo de conveniência ou oportunidade.

Isso porque o crédito tributário, decorrente do poder impositivo outorgado pela

5 Op. Cit., 542

6 Mello, Celso Antonio Bandeira. Curso de direito administrativo. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 750

Constituição Federal aos Entes Políticos (União, Estados, Distrito Federal e Município) caracteriza-se como bem público indisponível, irrenunciável e imodificável. Traduz-se em instrumento de realização da missão constitucional de promover o bem-estar da sociedade.

Assim, é certo afirmar que toda a atividade estatal, desde a instituição do tributo até sua fiscalização, cobrança e aplicação do produto de sua arrecadação há de ser regida exclusivamente pelas normas jurídicas de direito público, não havendo margem para atuações discricionárias. Aliás, a dispensa imotivada, na cobrança de tributo, acarreta, inclusive, a responsabilização político-administrativa do agente público⁷.

Conforma já mencionado, nos termos do artigo 131 da Constituição Federal, o Constituinte Originário de 1988 previu que a Advocacia-Geral da União seria a instituição que representaria a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

No parágrafo 3º do artigo 131 da Constituição Federal, consagrou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional como órgão da AGU, atribuindo-lhe, todavia, a titularidade de representação da dívida ativa da União, verbis:

Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Registre-se, agora em nível infraconstitucional, que a Lei Complementar nº 73, que organizou a Advocacia-Geral da União, também previu a PGFN em seu artigo 12, I, nos seguintes termos:

À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda, compete especialmente:

I - apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União de natureza tributária, inscrevendo-a para fins de cobrança, amigável ou judicial;

Vê-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988 consagrou a existência de um órgão jurídico, pertencente à estrutura da AGU, atribuindo-lhe toda a atividade de inscrição, inclusive para fins de cobrança amigável.

Nesse passo, resta indagar se a cobrança, ainda que amigável, do crédito tributário, poderia ser cedida a outras entidades (órgãos ou pessoas jurídicas), diversa daquela já eleita pelo Constituinte Originário? Estaria o Poder Executivo autorizado, por meio de espécie normativa de estreita amplitude, a modificar atribuição de órgão com status constitucional?

Tais indagações se justificam, vez que com a edição da MP 449, e em sendo ela

7 O Artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/92) reza que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

aprovada pelo Congresso Nacional, surge a possibilidade de delegação dessa atividade, até então privativa da PGFN, a instituições financeiras públicas.

Pensamos, pelos motivos doravante expostos, que a transferência da cobrança da dívida ativa da União para instituições financeiras, ainda que públicas, fere a Constituição Federal, vez que atribui função tipicamente estatal a entidades diversas daquelas previstas no Texto de 1998.

5. Da competência exclusiva da procuradoria geral da fazenda nacional para inscrever e cobrar a dívida ativa da união

A previsão, em nível constitucional, de um órgão encarregado da inscrição e cobrança da dívida ativa da União tem sua razão de ser.

Trata-se da vontade do constituinte originário que, reconhecendo a relevância da cobrança da Dívida Ativa Federal, reservou-a a órgão jurídico, secular, de notória especialidade técnica, composto por agentes públicos, vinculados funcionalmente ao Estado.

E nesse aspecto, registre-se, que o Poder Constituinte Derivado, em mais de uma oportunidade poderia, se quisesse, ter alterado o dispositivo constitucional que atribui à PGFN a competência de cobrar a dívida ativa. Se não o fez através de reforma constitucional, não poderia o Poder Executivo, por medida provisória, fazê-lo.

Ademais, a experiência mostra que a inexistência de vínculo funcional, no caso de terceirização de atividades tipicamente estatais, entre o executante da função e o ente público deixa o Estado indefeso, diante dos atos praticados pelos terceirizados, face à falta de controle sobre a legalidade dos atos por estes praticados.

Há, ainda, no caso de terceirização dessas atividades, o possível conflito de interesse, já que a terceirização envolve a contratação de entidades (pessoas físicas ou jurídicas), que podem vir a litigar contra o próprio Estado, acarretando situações conflituosas, prejudiciais ao interesse público.

Assim, a contratação de serviços de instituições financeiras, para a realização de atos que viabilizem a satisfação amigável de créditos inscritos na Dívida Ativa da União, sob o pretexto de racionalização e eficiência na gestão da dívida ativa, poderá acarretar prejuízos inestimáveis ao interesse público.

Aliás, não se diga que, pelo fato de a norma em comento permitir a contratação apenas de instituições financeiras públicas, o óbice estaria superado.

Em verdade, o fato de a MP nº 449 poder atribuir a cobrança amigável de créditos inscritos na Dívida Ativa da União apenas às instituições financeiras públicas não afasta o desrespeito ao artigo 131 da Constituição Federal.

Isso porque, ainda que públicas, essas instituições financeiras foram criadas para

explorarem atividades economicas, nos exatos termos do artigo 173 do próprio Texto Constitucional, verbis:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Veja que em nenhum momento há menção à possibilidade de tais entidades desempenharem funções tipicamente estatais, no caso, a cobrança da dívida ativa da União. Pelo contrário, estão elas sujeitas, necessariamente, ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.

Em segundo lugar, essas empresas estatais (sociedade de economia mista e empresas públicas), quando autorizadas a explorar atividades econômicas, só podem fazê-lo pelos imperativos da segurança nacional ou movidas por relevante interesse coletivo, requisitos esses não condizentes com a bancarização da dívida ativa federal.

Ademais, tais empresas estatais devem estar no mesmo plano de igualdade com as demais empresas privadas. Nesse passo, não tendo tais empresas “privilégios” além daqueles concedidos às demais empresas do setor privado, não poderiam elas se valer de prerrogativas inerentes aos agentes públicos.

Com efeito, a ausência de tais prerrogativas, necessárias à cobrança da dívida ativa, ainda que de forma amigável, comprometeriam a arrecadação dos créditos tributários, de modo a prejudicar a implementação das políticas públicas.

Não dispondo dessas prerrogativas, por outro lado, tais instituições não teriam eficiência na cobrança da dívida ativa da União, se comparada aos resultados já apre-

sentados pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. E nesse aspecto registre-se, por relevante, que nos últimos anos a PGFN, a par das suas deficiências estruturais, mostrou resultados mais que satisfatórios⁸.

Outro fator que vai de encontro com a bancarização diz respeito aos servidores dessas instituições financeiras. Observe-se que tais entidades são compostas por empregados públicos, regidos pela legislação trabalhista (CLT), os quais não são detentores de prerrogativas atribuídas aos agentes públicos. Assim, careceriam de conhecimentos técnicos e jurídicos para o desempenho dessa relevante função pública.

Outro aspecto que chama a atenção na referida medida provisória é o fato dela, a princípio, atribuir alto grau de discricionariedade na atuação dessas instituições financeiras, no que tange ao modo de cobrança.

Já se disse antes, que a cobrança do tributo é ato planamente vinculado, nos termos do artigo 3 do CTN. Tal característica impede que, no ato de cobrança, ainda que extrajudicial, sejam utilizados critérios subjetivos que importem discriminação ou privilégios não previsto em lei.

Por derradeiro, cumpre também observar que a Medida Provisória 449 excepciona, de forma inconstitucional, as regras da obrigatoriedade de adoção do processo licitatório. Com efeito, o artigo 55, § 2º da referida Medida Provisória, reza que:

Para os fins deste artigo, é dispensável a licitação, desde que a instituição financeira pública possua notória competência na atividade de recuperação de créditos não pagos.

Ora, sabe-se que a ordem econômica brasileira baseia-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo como princípio norteador a livre concorrência (art. 170). Assim, mesmo que o Estado explore atividades econômicas deverá se sujeitar a tais princípios orientadores.

Assim, o privilégio contido no artigo 55, § 2º da referida Medida Provisória não se coaduna com as disposições da Constituição Federal, sobretudo naquelas constantes do artigo 173 § 2º que estabelece que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Não se está aqui defendendo que a bancarização deva ser estendida às demais instituições financeiras privadas, o que seria muito pior, do ponto de vista do interesse público. Pelo contrário; o que se quer é reafirmar a impossibilidade de concessão de atividades típicas de Estado.

Entretanto, não se deve afastar a hipótese de eventual argüição de inconstitucionalidade.

8 O trabalho Números da PGFN, de autoria do Procurador da Fazenda Nacional Marco Antônio Gadelha, do Estado da Paraíba, traça um diagnóstico da atuação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Segundo Gadelha, o benefício econômico total da União com a atuação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional nos últimos oito anos é superior a R\$ 243 bilhões, em valores não corrigidos monetariamente (valor nominal), excluídos os números referentes a 2007, por não ter sido divulgado o relatório de gestão. Esse estudo está disponível em: http://www.sinprofaz.org.br/sf/site/web/noticia_detalhe.php?idNoticia=MDC3RJE2MTM2Ng==

lidade, por parte das demais instituições financeiras, pelo fato delas terem sido preteridas na atribuição da cobrança amigável da dívida ativa da União. Afastada exclusividade da bancarização, de modo a generalizá-las às demais instituições financeiras, seria, repita-se, preocupante do ponto de vista do interesse público, vez que nesse caso o interesse das grandes corporações financeiras subjugaria o interesse coletivo.

Por todos esses motivos, entendemos ser inconstitucional a bancarização da dívida ativa da União, ainda que restrita às instituições financeiras públicas, tendo em vista que tal função caracteriza-se com atividade tipicamente estatal e, portanto, intransferível à iniciativa privada.

6. Da impossibilidade de medida provisória versar matéria reservada à lei complementar – violação aos artigos 131 e 146, III, ambos da Constituição Federal

Outro ponto que padece do vício da inconstitucionalidade em relação à Medida Provisória nº 449, diz respeito ao fato de ela versar sobre matéria reservada à Lei complementar.

Com efeito, as leis complementares, segundo posição doutrinária, destinam-se a complementar o texto constitucional. Na verdade, o constituinte reserva a esta modalidade normativa a questões de especial importância, para cuja disciplina seja recomendável à obtenção de um maior consenso entre os parlamentares. Esclarece Alexandre de Moraes, com a precisão que lhe é peculiar que:⁹

...a razão da existência da lei complementar consubstancia-se no fato do legislador constituinte ter entendido que determinadas matérias, apesar da evidente importância, não deveriam ser regulamentadas na própria Constituição Federal, sob pena de engessamento de futuras alterações; mas, ao mesmo tempo, não poderiam comportar constantes alterações através do processo legislativo ordinário.

Pois bem, conforme já externado, a Advocacia Geral da União, em razão de exigência constitucional, deve ser estruturada através de lei complementar, nos termos do artigo 131:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Com efeito, também já foi dito que a Lei Complementar 73/93, atendendo ao mandamento constitucional, previu a Procuradoria da Fazenda Nacional como órgão integrante da AGU, atribuindo-lhe, entre outras, a prerrogativa de gerir a dívida ativa da

9 MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 569.

União de natureza tributária, inclusive para fins de cobrança amigável (art. 12, I).

Vê-se, portanto, que atualmente quem tem a prerrogativa de cobrar amigavelmente a dívida ativa da União, por expressa previsão em Lei complementar, é a PGFN.

Ocorre que, as matérias reservadas à lei complementar não podem ser disciplinadas por medidas provisórias. Esse já era o entendimento jurisprudencial pacífico e, após a promulgação da Emenda nº 32, de 11 de setembro de 2001, essa vedação passou a constar expressamente do texto constitucional.

Conforme se denota do artigo 62, §1º, III da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, ficou expressamente consignado no texto a vedação de edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar¹⁰.

Nesse passo, o Poder Executivo ao tratar, por meio de medida provisória, de tema privativo de lei complementar infringiu o artigo 62 da Constituição Federal, razão pela qual o artigo 55 da Medida Provisória nº 449 é inconstitucional.

Por outro lado, já no aspecto tributário, o sistema constitucional também exigiu que determinadas matérias fossem reguladas por meio de lei complementar.

Assim, o artigo 146, estabelece que a lei complementar disponha sobre conflitos de competência em matéria tributária, regule as limitações constitucionais ao poder de tributar e estabeleça as normas gerais em matéria de legislação tributária¹¹.

Ainda nesse contexto, o festejado Luciano Amaro¹², ao comentar esse assunto, observa que:

Na quase totalidade das hipóteses, a Constituição lhes confere tarefas dentro de sua função precípua (de 'complementar' as disposições constitucionais) (...). É, ainda, função típica da lei complementar estabelecer normas gerais e direito tributário (art. 146, III) (...) aumentar o grau de detalhamento dos modelos de tributação criados pela CF (...) adensar os traços gerais dos tributos, preparando o esboço que será utilizado pela lei ordinária (...) padronizar o regramento básico das obrigações tributárias, conferindo-se, desta forma, uniformidade ao sistema tributário nacional.

Dentre as matérias reservadas à Lei complementar, nos termos do art. 146, III, "b" da Constituição Federal, destaquem-se as normas gerais sobre obrigação e crédito tributário. De acordo com o CTN 139, o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta obrigação. Ou seja, crédito tributário é o direito

10 Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: III - reservada a lei complementar;

11 Nesse último quesito (art. 146, III da Constituição Federal), a legislação complementar versará especialmente sobre: definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas; d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239

12 AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 168.

subjetivo titularizado pelo sujeito ativo da obrigação tributária e que lhe permite exigir o objeto prestacional (importância em dinheiro).

Com efeito, o CTN ao tratar do crédito tributário estabelece a forma de sua constituição, prevendo inclusive as causas de suspensão, extinção e exclusão. Também prevê as garantias e privilégios, bem como o modo como tal crédito será inscrito em dívida ativa.

De se atentar para o fato de que o próprio CTN, em seu art. 201, prevê que a dívida ativa tributária é aquela proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado para pagamento.

Ora, de se concluir, pois, que a dívida ativa tributária é, em última análise, o crédito tributário, levado a registro na repartição competente para que dele seja extraída a certidão de dívida ativa, título executivo extrajudicial, nos termos do Código de Processo Civil. Com acerto, Luciano Amaro¹³ nota que:

Na verdade haveria três planos diferentes, pois o Código reconhece uma terceira roupagem da obrigação tributária, quando se reveste como dívida ativa tributária, 'proveniente' do crédito tributário (art. 201)

De se notar, portanto, que as questões envolvendo dívida ativa, em verdade, versam sobre obrigação e crédito tributário, razão pela qual todos esses assuntos, por força constitucional, devem ser tratados por Lei complementar¹⁴.

Assim, verifica-se que a MP em questão, por versar matéria reservada à Lei Complementar (dívida ativa tributária), também afronta o disposto no artigo 62, §2º da Constituição Federal.

7. Conclusão

Com efeito, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 449, prevendo a inédita possibilidade de “bancarização” da dívida ativa da União. Através desse novo instituto, os órgãos responsáveis pela inscrição e cobrança da dívida ativa federal poderão celebrar acordos com instituições financeiras públicas, a fim de viabilizar a sa-

13 AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 339.

14 “Atualmente, as normas gerais de direito tributário são reguladas pelo Código Tributário Nacional (CTN), promulgado como lei ordinária - a Lei nº 5.172/1966 - e recebido como lei complementar tanto pela Constituição pretérita como pela atual. De fato, à época em que o CTN foi editado, estava em vigor a Constituição de 1946 e não havia no ordenamento jurídico a figura da lei complementar. Na oportunidade, o texto do CTN veio dividido em dois livros: o primeiro sobre “Sistema Tributário Nacional” e o segundo sobre “Normas Gerais de Direito Tributário”. Ressalte-se que tais expressões foram logo em seguida incorporadas pelo Texto Constitucional de 1967, que tratou expressamente das leis complementares, reservando-lhes matérias específicas. (...) Assim, quando sobreveio a exigência na Constituição de 1967 do uso deste instrumento legal para regular as normas gerais em matéria tributária, o CTN foi assim recepcionado, tendo recebido a denominação de código e status de lei complementar pelo Ato Complementar nº 36/67. Igualmente, não há dúvida de que o CTN foi recepcionado com o mesmo status legislativo sob a égide da Constituição Federal de 1988, que manteve a exigência de lei complementar para as normas gerais de Direito Tributário.” (Extrato do relatório do voto do Min. Gilmar Mendes no STF RE 560626, p. 09/10)

tisfação amigável de créditos inscritos.

Tal delegação, ainda que realizada apenas em relação empresas estatais, fere a Constituição, haja vista que a cobrança da dívida ativa é atividade típica de estado, a qual por força constitucional, foi conferida privativamente à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

Ademais, a Medida Provisória nº 449 afronta o artigo 62, §2º da Constituição Federal, à medida que versa sobre assuntos (competência da PGFN e inscrição em dívida ativa de natureza tributária) reservados à lei complementar.

Referências bibliográficas

- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ANDRADE, Régis de Castro et alii. **Estrutura e Organização do Poder Executivo** -Administração Pública Brasileira. Volume 2 - CEDEC/ENAP, 1993.
- BORGES, José Souto Maior. **Lei complementar tributária**. São Paulo: RT, EDUC, 1975.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário** – 17 ed. – São Paulo : Saraiva, 2005
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1999.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1999
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. revista, São Paulo: Malheiros, 1998
- SOUTO, João Carlos. **A União Federal em Juízo**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.