

**REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO DOS PRECATÓRIOS:
UMA ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 97 DO ADCT.**

Paulo Alves Santos¹

RESUMO: Este artigo propõe uma abordagem crítica das inovações no sistema de precatórios introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 62/2009, amplamente conhecida como a “emenda do calote”. Primeiramente, são feitas algumas considerações relacionadas à possibilidade do controle de constitucionalidade das emendas constitucionais. Em seguida, o regime especial de pagamento proposto no novo artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) é analisado frente aos direitos individuais e aos princípios constitucionais pertinentes à matéria. Por fim, é realizada uma avaliação acerca da compatibilidade deste novo sistema de pagamento com a ordem constitucional brasileira fundamentada na Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Precatórios. Dívidas do Estado. Art. 97 do ADCT. Emenda Constitucional n.º62/20009. ADI 4.357.

**SPECIAL SYSTEM OF “PRECATÓRIOS” PAYMENT:
THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF THE ARTICLE 97 FROM ADCT.**

ABSTRACT: This study proposes a critical approach of the innovations in Brazilian system of public judicial debts introduced by the Constitutional Amendment N.º 62/2009, amply known as "defaulting amendment". Firstly, some considerations are made about the possibility of constitutional amendments judicial review. Then, the special payment system proposed in the Article 97 of the Transitory Constitutional Provisions Act (ADCT) is analyzed in opposition to the individual rights and to the constitutional principles pertaining to the matter. Finally, it is evaluated the compatibility of the new system under study with the constitutional order based on the Brazilian Federal Constitution of 1988.

KEYWORDS: “Precatórios”. State judicial debts. Art. 97 do ADCT. Constitutional Amendment n.º 62/20009. ADI 4357.

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Brasília. Participante do Programa de Iniciação Científica (2013). Estagiário no Superior Tribunal de Justiça. Contato: pauloas.22@gmail.com.

Regime Especial de Pagamento de Precatórios: Uma análise da (in)constitucionalidade do artigo 97 do ADCT.

INTRODUÇÃO

O precatório é o meio pelo qual as pessoas jurídicas de direito público são compelidas a efetuar o pagamento dos seus débitos oriundos de condenações judiciais. Trata-se de documento pelo qual, após o ajuizamento da execução e o julgamento de eventuais embargos, o presidente do tribunal de origem solicita a inclusão, no orçamento do ano seguinte, de crédito suficiente para a satisfação da dívida².

Este montante é consignado diretamente ao Poder Judiciário, que efetua o depósito na conta do respectivo titular do crédito. Dessa forma, a Fazenda Pública pode adimplir sua obrigação sem desequilibrar o planejamento orçamentário³.

A necessidade deste mecanismo diferenciado de cobrança surge a partir da inalienabilidade que a lei confere aos bens públicos⁴, acarretando em sua impenhorabilidade⁵. Assim, sendo impossível promover a execução contra a Fazenda Pública através da via ordinária que é a penhora, tornou-se imperioso o surgimento de meios que viabilizassem a concretização do direito reconhecido judicialmente, a fim de não tornar letra morta a coisa julgada.

Em verdade, a criação do precatório constituiu uma criativa solução para impedir que Poder Público negligenciasse o cumprimento das decisões judiciais⁶. Originalmente concebido no âmbito do direito processual civil, este instituto alcançou estatura constitucional a partir de 1934⁷, permanecendo presente em todas as Constituições Brasileiras deste então.

A Constituição de 1988 consagrou esta escolha, assim dispendo, em sua redação original:

“Art. 100- **À exceção dos créditos de natureza alimentar**, os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos

² Cf. DONIZETTI, E. **Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. (p. 702/703)

³ Com esse objetivo o legislador constitucional originário fixou a data limite de 1º de julho para a inclusão dos precatórios no orçamento do ano seguinte (Art.100, § 1), visando permitir o planejamento prévio e a correta alocação dos recursos. Dessa forma, os pagamentos requisitados após essa data serão incluídos no orçamento do segundo ano subsequente, efetivando-se o pagamento após dois anos da expedição do precatório.

⁴ BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**. Brasília, DF, 2002. (Art.100)

⁵ “A inalienabilidade abrange a impenhorabilidade. Todo bem inalienável é também impenhorável.” (DONIZETTI, 2007)

⁶ Sobre o surgimento e evolução histórica do precatório conferir também Carvalho (1982).

⁷ “ Art. 182 - Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo vedada a designação de caso ou pessoas nas verbas legais.” (BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF, 1934.)

respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.” (Grifos aditados)

A forma como a norma foi redigida faz supor que o poder constituinte originário dispensou a exigência da expedição de precatório para os créditos de natureza alimentar. Contudo, esse entendimento foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal, que ratificou a necessidade de expedição do precatório para o pagamento de todas as dívidas da Fazenda Pública. A Corte Constitucional sedimentando a compreensão de que a exceção prevista nesse artigo referia-se exclusivamente à exigência de observância da ordem cronológica, sobre a qual os créditos de natureza alimentar possuem preferência⁸.

A dispensa do precatório para a concretização do pagamento somente tornou-se possível após a Emenda Constitucional nº 20, que exonerou deste procedimento “as obrigações previstas em lei como de pequeno valor”, conferindo maior celeridade ao adimplemento destas dívidas menos vultosas.

Novas alterações foram introduzidas no sistema com a promulgação da Emenda Constitucional nº 30. Esta modificação concedeu à Fazenda Pública a alternativa de efetuar o pagamento de precatórios não-alimentares em parcelas que poderiam se alongar por até dez anos. Este ato normativo teve sua eficácia parcialmente suspensa pelo Supremo Tribunal Federal e aguarda julgamento definitivo acerca de sua constitucionalidade.⁹

Enfim, uma última alteração ocorreu em 2009, quando ingressou no ordenamento a Emenda Constitucional nº 62, que reformou amplamente o art. 100 da Constituição Federal e introduziu o art. 97 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁰, trazendo significativas modificações à metodologia de pagamento dos precatórios.

A nova redação dada ao art. 100 possui elementos que conferem maior efetividade ao sistema. Entre estas inovações estão a fixação de um valor mínimo, obrigatório em todos os níveis da federação, para que o pagamento seja considerado de pequeno valor, com a dispensa da expedição de precatório (§ 4º), e a possibilidade de seqüestro da quantia respectiva ao precatório caso não haja a alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do débito (§ 6º)

Contudo, as inovações efetuadas são obstaculizadas pela criação de um “regime especial de pagamento”, cuja operacionalização, enquanto não editada lei complementar¹¹,

⁸ “Súmula 655/STF: A exceção prevista no art. 100, caput, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza.”

⁹ ADIs 2.356 e 2.362, Min. Ayres Britto.

¹⁰ Conforme sedimentada doutrina e jurisprudência, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias integra o texto constitucional e está revestido da mesma eficácia e regime jurídico das demais normas constitucionais. (Vide RE 160.486)

¹¹ O §15 da nova redação do Art. 100 prevê a edição de Lei Complementar para regulamentar o regime especial. Porém, esta norma permanece sem ser editada, subsistindo, portanto, as disposições do art. 97 do ADCT.

permanece regida pelo novo art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cujo *caput* assim dispõe:

“Art. 97- Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, **sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal**, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional.” (Grifos aditados)¹²

Esta inovação suscitou diversas questões a serem debatidas pela comunidade jurídica. A introdução dessa nova norma gerou uma forte campanha contra a “Emenda do Calote”¹³. Não tardou para que diversas entidades pleiteassem no Supremo Tribunal Federal a declaração de sua inconstitucionalidade. Além disso, o Brasil foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos por supostas violações aos direitos humanos devido às disposições contidas na Emenda n. 62.¹⁴

No Brasil, a Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação dos Magistrados Brasileiros e a Associação Nacional de Membros do Ministério Público impetraram em conjunto a ADI 4.357, cuja relatoria foi confiada ao Min. Ayres Britto.¹⁵

Trata-se de assunto com extrema relevância econômica e social, capaz de impactar diretamente os cofres públicos e atingir milhares de credores da Fazenda Pública que aguardam o pagamento do que lhes é devido.

Considerando a importância da matéria e a pertinência jurídica da questão, este artigo propõe uma análise detida acerca do procedimento de pagamento dos precatórios disciplinado pelo novo art. 97 do ADCT, a fim de verificar sua compatibilidade com o ordenamento constitucional brasileiro.

¹² BRASIL. Congresso Nacional. **Emenda Constitucional n. 62**. Brasília, DF, 2009

¹³ MADUEÑO, Denise. **Para OAB, PEC dos precatórios é calote**. *Estadão.com.br*, out/2009. Disponível em: Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,para-oab-pec-dos-precatorios-e-calote,457875.0.htm>. Acesso em 16/12/2012.

¹⁴ A denúncia foi formulada por funcionários do município de Santo André e oficialmente aceita pela Comissão em janeiro de 2012, iniciando-se agora a análise do mérito. A decisão que aceitou a denúncia pode ser consultada em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2011port/BRAD1140-04PO.doc> - 01/24/2012. Acesso em 12/12/2012

¹⁵ Ao final do julgamento da referida ação direta de inconstitucionalidade, o plenário, por maioria, em apertada votação, conclui pela inconstitucionalidade material do todo o art. 97 do ADCT. Embora não seja pertinente ao objeto da pesquisa, que se pauta pela análise da inconstitucionalidade material da norma, convém informar que a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade também arguiu a inconstitucionalidade formal da Emenda, alegação que foi aceita pelo ministro relator, mas rechaçada pela Corte.

Com este objetivo, o estudo se inicia com breves considerações a respeito do controle de constitucionalidade das emendas constitucionais para, em seguida, promover uma interlocução entre a norma em análise, os princípios constitucionais e os direitos individuais. Por fim, apresentam-se uma síntese da pesquisa, que avalia a interação entre os dispositivos mencionados e conclui acerca da possibilidade jurídica de manutenção, ou não, do regime de pagamento de precatórios previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

II – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

A questão do controle de constitucionalidade das emendas constitucionais sempre mereceu especial destaque nos estudos teóricos acerca da Constituição e do Poder Constituinte. De fato, é exatamente na análise desse problema que aparece de maneira mais clara a tensão existente entre a estabilidade desejada pelo texto constitucional e a dinamicidade que é própria dos textos normativos.

O próprio poder constituinte originário reconhece a necessidade de manter em aberto a discussão sobre as matérias presentes no texto constitucional. Tanto é assim que a possibilidade de modificação no texto, através do procedimento adequado previsto pela própria Constituição, constitui a regra geral contra a qual se opõe determinados limites. Esta limitação visa, sobretudo, impedir a descaracterização da identidade constitucional do texto vigente.¹⁶

Dessa forma, o controle de constitucionalidade é instrumento imprescindível para a concretização dos limites impostos ao poder constituinte de reforma, a fim de não tornar inúteis as restrições estabelecidas pela Constituição. A doutrina e a jurisprudência brasileira admitem a utilização desse controle de forma pacífica.¹⁷ Contudo, este mecanismo deve ser utilizado com cautela e prudência, a fim de não engessar o texto constitucional por excesso de preciosismo.

Assim, a análise de constitucionalidade da emenda à Constituição terá sempre como parâmetro algum dos limites impostos ao poder constituinte de reforma, a fim de verificar se houve agressão frontal a estes impedimentos¹⁸. Em nosso artigo, centramos o estudo na análise da violação ao limite explícito previsto no inc. IV, § 4º, do art. 60 da Constituição Federal:

¹⁶ BARROSO, L.R. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011. (p. 145s): “Sua função (do poder de reforma constitucional) é a de permitir a adaptação do texto constitucional a novos ambientes políticos e sociais, preservando-lhe a força normativa e impedindo que seja derrotado pela realidade. Ao fazê-lo, no entanto, deverá assegurar a continuidade e a identidade da Constituição.” (Grifos aditados)

¹⁷ Ver ADI 8307 e Mendes, G. F.; Branco, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva 2012. (p. 142/143)

¹⁸ A doutrina admite a existência de limites explicitamente declarados pelo Poder Constituinte Originário e limites implicitamente contidos na estrutura constitucional. Há ainda a divisão em limites formais, circunstanciais, temporais e materiais. Para mais ver Barroso, 2011 (p. 149s).

“§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
(...)
IV - os direitos e garantias individuais.”

De fato, a proibição de emendas que pretendam diminuir os direitos e garantias individuais sempre foi considerada uma barreira implicitamente presente na própria estrutura constitucional.¹⁹ Na Constituição pátria este impedimento foi destacado e explicitado pelo poder constituinte originário, a fim de vedar o retrocesso nesta matéria que se configura como verdadeiro núcleo fundamental de todo o ordenamento normativo.

Conforme amplamente debatido na doutrina jurídica, surge como questão de máxima importância, antes de qualquer análise pontual, a definição do âmbito de abrangência da expressão “direitos e garantias individuais”. A primeira vista, o intérprete pode ser levado a acreditar em uma correspondência entre o disposto no inciso e o que está contido no Capítulo I da Carta Magna (art. 5º), cujo título revela uma aproximação. Entretanto, tal postura meramente literal está definitivamente afastada pela reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁰.

Contudo, se a interpretação pátria expande o âmbito de proteção da cláusula pétrea para além do art. 5º, com mais razão deve fazer incidir esta tutela sobre os direitos ali assegurados. Dessa forma, podemos afirmar, com absoluta segurança, que os direitos expressamente elencados naquele artigo constitucional estão abrigados no rol das matérias cujo poder de reforma é limitado.²¹

Tais considerações mostram-se necessárias, pois a maioria dos direitos amplamente invocados contra a reforma no sistema de precatórios está expressamente presente no art. 5º da Constituição, sendo, portanto, protegidos contra quaisquer tentativas de mitigação ou abolição, o que viabiliza o controle de constitucionalidade do art. 97 do ADCT.

Além disso, os direitos e garantias não explicitamente presentes no art. 5º, mas que neste estudo serão opostos ao novo sistema de precatórios, são princípios basilares do ordenamento constitucional, não havendo dúvidas de sua presença na própria identidade da Constituição, que não pode ser desconfigurada pelo poder constituinte de reforma.

¹⁹ BARROSO, 2011

²⁰ Vide ADI 939, ADI 3685 e RE 587.008

Dessa forma, assentando a plena possibilidade do controle de constitucionalidade das emendas constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a definição do limite material imposto pelos direitos e garantias individuais, é possível contrapor as disposições da nova sistemática de pagamento dos precatórios aos direitos e garantias individuais supostamente violados, a fim de apurar sua compatibilidade ou eventual inconstitucionalidade.

III- ANÁLISE DO ART. 97 DO ADCT FRENTE AOS DIREITOS INDIVIDUAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM ESPÉCIE

Para compreender a inserção do precatório na matéria constitucional e identificar os princípios e direitos que com ele se relacionam é preciso verificar a situação dos pagamentos da Fazenda Pública no período imediatamente anterior a essa inovação.

Conforme o precioso relato histórico de Vladimir Carvalho a inclusão do regime de pagamento dos precatórios dentro da Constituição almejava resguardar o jurisdicionado frente ao Poder Público:

“É uma medida **moralizadora**, disse eu referindo-me ao anteprojeto do Itamaraty, de onde passou a Constituição de 34, visando, com base em antecedentes conhecidos, **coibir a advocacia administrativa** que se desenvolvia no antigo Congresso para obtenção de créditos destinados ao cumprimento de sentenças judiciárias. Não raro, deputados levaram o seu desembaraço ao ponto de **obstruírem o crédito solicitado**, entrando em verdadeiro **exame das sentenças**, prática viciosa de que dá notícia o Sr. Carlos Maximiliano no seguinte comentário: ‘Este (o Congresso), provocado por proposta de um dos seus membros ou por mensagem do Executivo a votar verba para o cumprimento de sentença, examinava os fundamentos desta e, se não lhe agradavam, negava o crédito solicitado. Assim **se sobrepunha um julgamento político ao Judiciário**; era um poder exaustorado no exercício de suas funções”²² (Grifos adotados)

A partir desta exposição, podemos extrair as informações necessárias ao correto delineamento dos direitos individuais, assegurados pela Constituição de 1988, que devem ser considerados nesta discussão.

²² NUNES, Castro. **Da fazenda Pública em Juízo** (Tribunal Federal de Recursos – Juízo dos Feitos). 1ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950 *apud* CARVALHO, Vladimir Souza. Iniciação ao Estudo do Precatório. in: Revista de Informação Legislativa, v. 19, n. 76, pp. 325-364, out./dez. 1982, p. 332.

Em primeiro lugar, não há dúvidas que existe uma preocupação em torno da necessidade de garantir que o Poder Público se submeterá ao cumprimento das condenações judiciais que lhe forem impostas. A segurança do Direito, reconhecido e declarado, não pode ser abalada pelas vicissitudes do arbítrio governamental. Dessa forma, há uma inequívoca ligação entre o regime de precatórios e a eficácia do **Estado de Direito (art. 1º da Constituição Federal de 1988)**.

Em seguida, é possível verificar que a descrição do período anterior à constitucionalização do precatório narra a hipossuficiência do Poder Judiciário, cujas decisões eram literalmente re-julgadas pelo Poder Legislativo. Houve, portanto, uma atenção em assegurar, através desse sistema de pagamento, a eficiência dos freios e contrapesos, que orientam a **separação de poderes (art. 60, III)**.

Além disso, o pagamento por precatórios visa à garantia de uma série de direitos que, segundo Jürgen Habermas²³, integram o direito fundamental à tutela jurisdicional. Estas disposições englobam as prerrogativas do Judiciário e a garantia da autoridade de suas decisões, a fim de que estas protejam a esfera jurídica dos cidadãos. Trata-se de um direito à jurisdição livre e eficaz, que em nosso ordenamento materializa-se, entre outras, nas normas acerca do **devido processo legal (art. 5º, LIV)**, da **razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII)** e da autoridade da **coisa julgada (art. 5º, XXXVI)**.

Por fim, é evidente, tanto pelo contexto de constitucionalização do precatório quanto pela estrutura que foi dada a esse mecanismo na redação original da Constituição de 1988, o desejo de realizar o pagamento das dívidas da Fazenda Pública de maneira fiel, honrada e sem distinção entre os devedores. Dessa forma, impende invocar contra a advocacia administrativa e a obstrução desarrazoada dos processos de pagamento o **direito à igualdade (art. 5º, caput)** e o **princípio da moralidade (art. 37, caput)**.

Com apoio em cada uma dessas premissas, é possível analisar de maneira detalhada cada um dos aspectos argüidos.

A) ESTADO DE DIREITO E SEPARAÇÃO DOS PODERES

A compreensão do Estado de Direito exige que invoquemos dois de seus principais corolários: o princípio da legalidade e a segurança jurídica. Conforme pontua o professor

²³ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms* *apud* CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. (p. 71)

Gilmar Mendes, a legalidade qualifica o Estado de Direito e lhe confere identidade própria, ao passo que a segurança jurídica assume valor ímpar na realização da própria justiça material.²⁴

De fato, o princípio do Estado de Direito exige que a submissão do Poder Público à lei seja completo, não lhe sendo permitido escolher arbitrariamente a quais normas se submeterá, pois está obrigado a cumprir o ordenamento jurídico em sua totalidade. É justamente esta pretensão de totalidade que torna inconstitucional a criação de normas que visem obstaculizar ou retardar desarrazoadamente o cumprimento das obrigações às quais o Estado está obrigado por sentença judicial, que adquire força de lei entre as partes.

Entre as disposições do novo art. 97 do ADCT podemos extrair:

“§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios sujeitos ao regime especial de que trata este artigo optarão, por meio de ato do Poder Executivo:

I - pelo depósito em conta especial do valor referido pelo § 2º deste artigo; ou

II - pela adoção do regime especial pelo prazo de até 15 (quinze) anos, caso em que o percentual a ser depositado na conta especial a que se refere o § 2º deste artigo corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e de juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança para fins de compensação da mora, excluída a incidência de juros compensatórios, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento.

O texto da emenda permite que os entes da federação adiram a um regime especial de pagamento dos precatórios, que poderá durar até quinze anos em algumas hipóteses e em outras tem prazo de duração indeterminado.²⁵

Durante este período, havendo a reserva dos percentuais de receita estabelecidos pelos artigos seguintes, os mecanismos asseguradores do cumprimento da obrigação, previstos no art. 100 da Constituição, tornam-se inoperantes. Ou seja, havendo a separação da quantia estabelecida, o credor da Fazenda Pública não possuirá tutela jurídica alguma, devendo esperar pacientemente o adimplemento da obrigação, que poderá se alastrar por tempo indeterminado, pois a regra do pagamento no exercício seguinte será inaplicável.

A análise é ainda mais pessimista ao avaliarmos os percentuais mínimos fixados:

“§ 2º Para saldar os precatórios, vencidos e a vencer, pelo regime especial, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devedores

²⁴ MENDES et AL, 2012 (p. 892ss)

²⁵ § 14. O regime especial de pagamento de precatório previsto no inciso I do § 1º **vigora enquanto o valor dos precatórios devidos for superior ao valor dos recursos vinculados**, nos termos do § 2º, ambos deste artigo, ou pelo prazo fixo de até 15 (quinze) anos, no caso da opção prevista no inciso II do § 1º.

depositarão mensalmente, em conta especial criada para tal fim, 1/12 (um doze avos) do valor calculado percentualmente sobre as respectivas receitas correntes líquidas, apuradas no segundo mês anterior ao mês de pagamento, sendo que esse percentual, **calculado no momento de opção pelo regime e mantido fixo até o final do prazo** a que se refere o § 14 deste artigo, será:

I - para os Estados e para o Distrito Federal

a) de, no mínimo, **1,5%** (um inteiro e cinco décimos por cento), para os Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, além do Distrito Federal, ou cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a até 35% (trinta e cinco por cento) do total da receita corrente líquida;

b) de, no mínimo, **2%** (dois por cento), para os Estados das regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a mais de 35% (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida

II - para Municípios:

a) de, no mínimo, **1%** (um por cento), para Municípios das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, ou cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a até 35% (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida;

b) de, no mínimo, **1,5%** (um inteiro e cinco décimos por cento), para Municípios das regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a mais de 35 % (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida.” (Grifos aditados)

Na mais otimista das disposições, os Estados devem reservar o percentual mínimo de 2% (dois por cento) de sua receita corrente líquida, depositando mensalmente 1/12 (um doze avos) desta quantia em conta específica criada para esse fim. Essa quantia será calculada no começo do período e se manterá fixa enquanto durar o regime especial, cujos prazos já foram comentados anteriormente. Além disso, este percentual de reserva se aplica aos Estados onde o estoque de precatórios pendentes já supere 35% da respectiva receita.

Em longo prazo, independente do número de precatórios que forem emitidos, os percentuais permanecem inalterados. É como se o Estado separasse uma pequena parte de sua receita para os credores, a fim de poder utilizar livremente o restante, como se nada devesse.

Apenas comparativamente, a fim de avaliar a razoabilidade da medida, o Min. Carlos Ayres Britto oficiou às Secretarias de Fazenda Municipal e Estadual para saber quanto efetivamente era gasto no pagamento dos precatórios. Em resposta, obteve dados alarmantes, que aqui colacionamos de forma exemplificativa:

I – em 2007, o Distrito Federal despendeu R\$ **1,7 milhões** em precatórios e **R\$ 103,8 milhões** em publicidade e propaganda. Já em 2008, essas despesas foram de **R\$ 6,57 milhões** em precatórios e de **R\$ 152,8 milhões** em publicidade e propaganda.

(...)

III – a dívida do Rio Grande do Sul é de R\$ 1,6 bilhões, em valores aproximados. Contudo, seus gastos com precatórios em 2009 foram de **R\$ 38,6 milhões**, embora suas despesas com publicidade e propaganda hajam alcançado montante superior a **R\$ 55 milhões**.²⁶

Dessa forma, percebe-se que o novo sistema de pagamento inserido no texto constitucional, além de descaracterizar completamente o instituto do precatório, possui caráter nitidamente liberador. O Estado, valendo-se de instrumentos legislativos, está unilateralmente se eximindo das conseqüências de suas condenações judiciais, fazendo recair sobre o cidadão o resultado de anos desleixo e má administração, em uma verdadeira inversão de prioridades.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pensando para ser uma norma que apenas promoveria a passagem de uma ordem constitucional para outra, tornou-se verdadeiro esteio para manobras políticas que ameaçam gravemente a segurança jurídica. Admitindo-se a constitucionalidade da Emenda 62 estaríamos tornando inócuo o art. 100, cuja eficácia, que já seria afastada por tempo indefinido, poderia ser sempre adiada pela promulgação de novas emendas ao ADCT.

Além disso, esta subversão do Estado de Direito afeta sobremaneira a estabilidade da Separação de Poderes, cláusula pétrea expressamente prevista pelo constituinte originário.

Conforme assinala Luís Roberto Barroso, a agressão a este princípio será consumada quando houver uma concentração hegemônica de atribuições que esvazie a independência orgânica dos Poderes ou impeça o exercício de suas funções típicas²⁷. Sendo a função típica do Judiciário o exercício da jurisdição, esta atividade é seriamente comprometida quando o poder que está obrigado a se submeter aos julgamentos pode se esquivar ou retardar demasiadamente o cumprimento das decisões judiciais, ignorando seu caráter compulsório.

De fato, o novo sistema de precatórios reduz de forma drástica o poder da tutela jurisdicional coercitiva sobre o Poder Executivo. Como resultado, a Administração Pública pode ficar indiferente às determinações judiciais e estará livre para a prática de atos ilícitos: desde que reserve os percentuais mínimos estabelecidos, não precisará se preocupar com eventuais condenações que lhe sejam impostas.

²⁶ Voto do Min. Ayres Britto na ADI 4.357, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3813700> (acesso em 11 de fevereiro de 2013)

²⁷ BARROSO, 2011. (p. 175)

Portanto, é patente a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 97 do ADCT, tendo em vista a violação frontal aos ditames fundamentais do Estado de Direito e à cláusula Pétreia da Separação dos Poderes. Todos os demais dispositivos do referido artigo tornam-se, dessa forma, inconstitucionais por arrastamento.²⁸

B) DEVIDO PROCESSO LEGAL, RAZOÁVEL DURAÇÃO DOS PROCESSOS E COISA JULGADA

Estes três direitos formam uma barreira jurisdicional de proteção em favor do cidadão. Eles são, em verdade, requisitos sem os quais o acesso à justiça seria inviabilizado, pois o exercício do poder de julgar tornar-se-ia ilegítimo, intempestivo e ineficaz.

José Afonso da Silva defendia que o devido processo legal necessitaria de “formas instrumentais adequadas”.²⁹ Assim, este direito fundamental não se satisfaria com a simples existência de mecanismos formais, mas exigiria a realização de um processo substancial, dotado de eficiência e eficácia para o jurisdicionado. É precisamente desta exigência material que se extrai a necessidade de um processo capaz de, em tempo razoável, oferecer a segurança jurídica de um julgamento aos litigantes.

A partir desta concepção, percebe-se que a duração razoável do processo e o respeito à coisa julgada são partes integrantes do devido processo legal almejado pelo constitucionalismo moderno. A explicitação destas exigências no texto constitucional representa um avanço significativo rumo à efetividade esperada no serviço prestado pelo Poder Judiciário.

Contudo, a inclusão do art. 97 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias segue em sentido inverso ao disposto nestas cláusulas de proteção jurisdicional. O regime especial de pagamento por ele proposto ignora solenemente o compromisso do Estado com a eficiência e manifesta descaso pela eficácia das decisões judiciais.

Segundo dispõe o texto acrescentado:

“§ 14. O regime especial de pagamento de precatório previsto no inciso I do § 1º vigorará enquanto o valor dos precatórios devidos for superior ao valor dos recursos vinculados, nos termos do § 2º, ambos deste artigo, ou pelo prazo fixo de até 15 (quinze) anos, no caso da opção prevista no inciso II do § 1º.”

²⁸ A inconstitucionalidade por arrastamento ou por atração ocorre quando a declaração de inconstitucionalidade de uma norma impugnada se estende aos dispositivos normativos que apresentam com ela uma relação de conexão ou de interdependência.

²⁹ SILVA, J.A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004 (p. 431)

Em primeiro lugar, é preciso destacar que o prazo de quinze anos, quando não por tempo indeterminado, concedido aos entes federados para efetuar o pagamento dos precatórios devidos através regime especial fuge, por óbvio, a qualquer padrão de razoabilidade. Após todos os anos gastos nos processos judiciais contra a Fazenda Pública, que em seu bojo preveem procedimentos mais dificultosos e demorados, o credor deverá aguardar esse prazo extremamente dilatado para receber o que lhe é devido. Em diversos casos, a reparação econômica de direitos violados ou devidos por lei poderá se arrastar por décadas.

Noutro giro, a coisa julgada perde sua eficácia, pois deixa desvalido o titular do direito subjetivo reconhecido na sentença. O próprio Estado que declara o direito através da jurisdição não se compromete em cumpri-lo *in continenti*, como deveria decorrer do efeito substitutivo da jurisdição. O cumprimento da decisão transitada em julgada é paulatinamente transferido para o campo da conveniência da Administração Pública, ao arrepio da Constituição.

Deste modo, mostra-se flagrante que o regime especial de pagamento dos precatórios, introduzido pela Emenda Constitucional nº 62/09, agride de forma direta a proteção conferida ao cidadão pelo devido processo legal e seus componentes materiais, duração razoável e coisa julgada, sendo imperiosa a constatação da inconstitucionalidade de todo o sistema estruturado com base no art. 97 do ADCT.

C) PRINCÍPIO DA MORALIDADE

O princípio da moralidade está expressamente elencado no art. 37 da Constituição Federal como um comando geral que deve nortear toda a atuação da Administração Pública. A partir da positivação deste preceito, soma-se ao dever do Estado de agir dentro da legalidade a necessidade de que seus atos sejam compatíveis com a honestidade, não sendo este um imperativo apenas moral, mas propriamente jurídico.³⁰

Conforme ressalta José Augusto Delgado, as fronteiras que delimitam a incidência deste princípio não podem ser fixadas rigidamente. Entre as diversas formas possíveis de ofendê-lo está a edição de atos administrativos que abusem dos administrados, ferindo direitos subjetivos injustificadamente ou cujas conseqüências denotem que ação da Administração foi conduzida de forma imprudente ou maliciosa:

“O princípio da moralidade administrativa não deve acolher posicionamentos doutrinários que limitem a sua extensão. Assim, imoral é o ato administrativo que não respeita o conjunto de solenidades indispensáveis para a sua exteriorização; quando fuge da oportunidade ou da conveniência de natureza pública; quando abusa no seu proceder e fere direitos subjetivos públicos ou privados; quando a ação é maliciosa, imprudente, mesmo que somente no futuro essas feições ou alguma delas se tornem reais.”³¹

³⁰ DI PIETRO, M. S.Z. **Direito Administrativo**. São Paulo Atlas, 2012. (p. 77/80)

³¹ DELGADO, J.A. **O princípio da moralidade administrativa e a constituição federal de 1988**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 680, jun. 1992. (p. 38)

Mas o quer dizer da norma que serve de apoio a estes atos? Por óbvio, elas não encontram respaldo na ordem constitucional. A lei que autoriza a Administração Pública a proceder de forma imoral não pode ser compatibilizada com o Princípio da Moralidade. É exatamente nesta situação que se encontra o art. 97 do ADCT.

O regime especial de pagamento de precatórios criado pela Emenda Constitucional nº 62 institucionalizou uma lesão permanente ao direito do cidadão de exigir a prestação de seu crédito judicialmente reconhecido. Houve um avanço desarrazoado sobre a esfera privada com o objetivo de submeter o interesse juridicamente protegido do credor à conveniência do Estado, que poderá permanecer inerte observando o acúmulo de suas dívidas.

Da mesma forma, a imprudência e a malícia da norma ficam claros ao observarmos o contexto no qual ela foi editada. É cediço que inúmeros entes da federação encontram-se em situação de claro descontrole financeiro, pois os anos de má administração e descumprimento de decisões judiciais levaram a um acúmulo de dívidas capaz de comprometer execução de diversos projetos, tidos como politicamente mais importantes³². O verdadeiro objetivo perseguido pelo novo sistema de pagamento, longe de ser a solução do impasse nos pagamentos, é contornar o inconveniente “obstáculo” das condenações que atrapalham os planos da Administração Pública.

É clara a intenção do Estado em se furtar ao pagamento do que deve, objetivo cruelmente ofensivo ao princípio da moralidade, sendo a criação do regime especial uma tentativa de facilitar essa ação ao reduzir as conseqüências jurídicas do não adimplemento da obrigação. Nesse sentido, os exemplos colhidos do voto do Ministro Ayres Britto na ADI 4.357, já transcritos anteriormente, mostram com limpidez que a introdução do art. 97 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias sedimenta uma cultura de desrespeito ao credor da Fazenda Pública, sempre preterido em seu pagamento.

Sem dúvidas, é de se concluir pela inconstitucionalidade do regime especial de pagamento de precatórios por ofensa direta ao princípio da moralidade, tendo em vista o nítido caráter protelatório do qual ele se reveste, o que traz fundado receio da ocorrência de um “calote oficial”, chancelado pelo direito positivo.

D) DIREITO À IGUALDADE

³² O Supremo Tribunal Federal enfrentou diversos pedidos de intervenção federal baseados no não pagamento de precatórios. O Ministro Ayres Britto identificou, em seu voto na ADI 4.357, que o atual acúmulo de débitos é, em grande parte, fruto do descaso dos governantes. E acrescentou: “Descaso para o qual – é necessário que se faça o *mea culpa*– este Supremo Tribunal Federal contribuiu, ao não deferir pedidos de intervenção federal, sob a alegação de que os Estados se encontravam sob dificuldades financeiras.”

A relação entre o direito à igualdade e o sistema de precatórios é umbilical, conforme claramente delineado pela Min. Ellen Gracie no julgamento do Pedido de Intervenção Federal nº 2.915-5, de São Paulo:

“Todo o sistema de precatórios, tão salutar se considerarmos a situação anterior, vigorante até a Constituição de 1923, repousa em alguns princípios básicos: o da **igualdade democrática, igualdade de oportunidades no pagamento**, e o respeito **à precedência cronológica** de registro dessas requisições de pagamento.”³³(Grifos aditados)

No cerne da sistemática de pagamento por meio de precatórios está a correta compreensão de que a Administração Pública, assim como não pode estabelecer distinção entre os administrados, não poderia tratar de forma distinta seus credores. A ordem cronológica de pagamento surge como garantia de que a igualdade prevista constitucionalmente será assegurada no processo de pagamento das dívidas do Poder Público.

Desde a Constituição de 1934, o critério de ordem dos pagamentos é a apresentação cronológica dos precatórios. Contudo, o art. 97 do ADCT prevê a substituição desse critério, reservando 50% (cinquenta por cento) do valor depositado na conta especial para a quitação de dívidas com base em outros parâmetros:

“§ 6º Pelo menos 50% (cinquenta por cento) dos recursos de que tratam os §§ 1º e 2º deste artigo serão utilizados para pagamento de precatórios em ordem cronológica de apresentação, respeitadas as preferências definidas no § 1º, para os requisitórios do mesmo ano e no § 2º do art. 100, para requisitórios de todos os anos.

(...)

§ 8º A aplicação dos recursos restantes dependerá de opção a ser exercida por Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, por ato do Poder Executivo, obedecendo à seguinte forma, que poderá ser aplicada isoladamente ou simultaneamente:

I - destinados ao pagamento dos precatórios **por meio do leilão**;

II - destinados a pagamento a vista de precatórios não quitados na forma do § 6º e do inciso I, em **ordem única e crescente de valor por precatório**;

III - destinados a pagamento por **acordo direto com os credores**, na forma estabelecida por lei própria da entidade devedora, que poderá prever criação e forma de funcionamento de câmara de conciliação.” (Grifos aditados)

Conforme se observa, a Emenda Constitucional nº 62 institui mecanismos que permitem a burla da ordem cronológica para metade dos recursos destinados ao pagamento por meio de precatórios.

³³ Íntegra do voto disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81455>. (Acesso em 20/02/2003)

Em primeiro lugar, há a possibilidade de realização de leilões, nos quais terão preferência para o pagamento os credores que oferecerem maiores deságios em seus créditos. Aqueles que desejarem receber a integralidade do que lhes foi reconhecido por meio de sentença judicial serão penalizados com um maior tempo de espera, já que a ordem cronológica só será observada em metade da quantia destinada à satisfação dos débitos judiciais.

Além disso, será possível optar por realizar os pagamentos em ordem decrescente de valor, estabelecendo-se nítida discriminação entre os credores com base na importância a ser paga. Os titulares dos créditos mais vultosos, que certamente foram aqueles contra os quais o Poder Público cometeu maiores violações ou impôs maiores prejuízos, serão relegados ao fim da fila de pagamento. Esta estratégia permite que os entes federados diminuam o número nominal de precatórios a serem pagos sem reduzir efetivamente o montante total da dívida.

A última das hipóteses, a possibilidade de acordo direto entre os credores e a Fazenda Pública, conduz a uma perda completa da função original do precatório. O Estado negociará com quem lhe apraz e terá 50% (cinquenta por cento) da verba destinada aos precatórios para realizar tais transações, segundo as regras a serem editadas pela própria entidade devedora. Esta disposição nos faz perder os anos dedicados ao aprimoramento do precatório como instituto “louvável e democrático”³⁴, reduzindo os credores à condição de cidadãos que perdem anos na discussão dos seus direitos para, enfim, ter que abrir mão deles para se contentar com o que sobra.³⁵

Desse modo, a quebra da ordem cronológica do pagamento dos precatórios, nos moldes determinados pelo §6º e seguintes do art. 97 do ADCT, é manifestamente inconstitucional, pois viola de forma grave e direta o direito à igualdade entre os credores da Fazenda Pública.

³⁴ Expressão cunhada pelo ex-ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Mozart Victor Russomano. (CARVALHO, 1982, p. 332)

³⁵ O credor poderá optar por não negociar e não permitir o deságio de seu crédito, mas nesse caso correrá o risco de morrer antes de ver efetuado o pagamento. É nítida a diferença de poder entre o Estado e o particular em tais circunstâncias, de forma que em qualquer negociação o credor estará em desvantagem e certamente não estará exercendo sua vontade livremente.

V- Conclusão

A forma de cumprimento das condenações judiciais da Fazenda Pública é um assunto recorrente na doutrina processual civil. No Brasil, a solução encontrada, ante a impenhorabilidade dos bens públicos, foi a criação de um sistema de pagamento por meio de precatórios, tema cuja relevância jurídica e social o fizeram ingressar no texto constitucional.

Este artigo analisou o sistema especial de pagamento de precatórios instituído pelo recém-criado art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A abordagem centrou-se em torno do viés constitucionalista da questão, promovendo um debate acerca da possibilidade do controle de constitucionalidade de normas desta hierarquia e da compatibilidade entre as disposições contidas na emenda, os direitos e garantias individuais e os princípios constitucionais relacionados à matéria.

A possibilidade do controle judicial das emendas constitucionais sempre foi admitida na tradição jurídica brasileira e não há motivos pra rechaçá-la. De fato, a Constituição possui limites explícitos e implícitos, que formam um núcleo rígido sobre o qual o poder constituinte de reforma não pode atuar, autorizando o controle judicial de interferências legislativas indevidas.

Quanto à análise material, o regime especial de pagamento de precatórios mostrou-se incompatível com a ordem constitucional vigente, por atingir diversas disposições que integram a própria identidade constitucional.

As inovações por ele trazidas subvertem o Estado de Direito e comprometem a separação dos poderes, pois mitigam a efetividade da atuação do Poder Judiciário, relegando o cumprimento das decisões judiciais ao campo da discricionariedade da Administração Pública e originando grave insegurança jurídica. Há também ofensa o devido processo legal, pois o texto da emenda permite o prolongamento injustificado dos processos, além de relativizar o caráter coercitivo da execução judicial fundada na coisa julgada material.

Por fim, há ofensa aos princípios da moralidade, em razão do caráter malicioso que reveste as alterações, indicando o objetivo de não cumprimento das condenações judiciais, e ao princípio da igualdade, tendo em vista o estabelecimento de critérios para ordem de pagamento que não respeitam a ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

Portanto, é nítida a inconstitucionalidade do art. 97 do ADCT, mostrando-se acertada a decisão do Supremo Tribunal Federal, que no julgamento da ADI 4.357, não permitiu que a referida norma permanecesse no ordenamento jurídico.

Referências

- BARROSSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF, 1934
- BRASIL. Congresso Nacional Constituinte. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Código Civil**. Brasília, DF, 2002.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Emenda Constitucional n. 62**. Brasília, DF, 2009
- CARVALHO, Vladimir Souza. **Iniciação ao Estudo do Precatório**. *in*: Revista de Informação Legislativa, v. 19, n. 76, pp. 325-364, out./dez. 1982.
- DELGADO, José Augusto. **O princípio da moralidade administrativa e a constituição federal de 1988**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 680, jun. 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo Atlas, 2012.
- DONIZETTI, Elpidio. **Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- HABERMAS, Jurgen. Betwen facts and norms *apud* CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MADUEÑO, Denise. **Para OAB, PEC dos precatórios é calote**. Estadão.com.br, out/2009. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,para-oab-pec-dos-precatorios-e-calote,457875,0.htm>. Acesso em 16/12/2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva 2012.
- NUNES, Castro. **Da fazenda Pública em Juízo** (Tribunal Federal de Recursos – Juízo dos Feitos). 1ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357**. Relatório e Voto o Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 2011.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Intervenção Federal nº 2.915-5**. Voto da Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 2011.