

POLÍTICAS PÚBLICAS E ENDIVIDAMENTO: COMO OS PRECATÓRIOS FINANCIAM OS ENTES FEDERATIVOS

Leonardo David Quintiliano¹

Resumo: O presente artigo busca demonstrar como o não pagamento dos precatórios, especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, serviu como forma indireta de financiamento dos entes federativos subnacionais. Investigam-se, também, as causas desse endividamento, entre as quais a crescente demanda por políticas públicas e o papel da descentralização vertical do poder trazida pela nova ordem constitucional, que provocou um mau equacionamento entre a repartição de competências e a repartição de receitas entre os entes federativos. Por fim, abordam-se as soluções legislativas tomadas com o objetivo de reduzir o endividamento dos entes federativos, discutindo-se como a omissão do Poder Judiciário contribuiu para o aumento do estoque de precatórios não pagos..

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Federalismo. Dívida pública. Precatórios. Políticas públicas.

Abstract: This article aims to show how the failure to pay of the judicial debts ("precatórios"), especially since the promulgation of the Federal Constitution of 1988, were used as an indirect way of financing the subnational entities. They investigated also the causes of this debt, including the growing demand for public policy and the role of vertical devolution brought about by the new constitutional order, which caused a bad equation between the distribution of powers and the revenue sharing among the federative entities. Were finally discussed legislative solutions taken in order to reduce the subnational debt, and how the omission of the Judiciary Power has contributed to increasing the stock of unpaid judicial debts.

Keywords: Federalism. Public debt. Judicial debts. Public policies.

1. Introdução.

Verificou-se no século XX um movimento de efetivação dos direitos humanos fundamentais, difundido pelas Constituições modernas e contemporâneas², as quais incorporaram a crescente proteção a tais direitos na esfera internacional, mediante

¹Técnico legislativo e Assessor parlamentar na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2006). Doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2008-2013). Bolsista do Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior pela CAPES (2012).

² Entre as quais a Constituição espanhola de 1812, a Constituição portuguesa de 1822, a Constituição belga de 1831 e a Declaração francesa de 1848

declarações inicialmente não vinculativas, que posteriormente assumiram a forma de tratados internacionais.

Tal movimento inflou-se em face do desenvolvimento sócio-econômico verificado nos dois últimos séculos, que provocou um incremento das relações sociais e dos movimentos sociais que o acompanharam, os quais passaram a exigir uma postura mais atuante do Estado como forma de realização da justiça social.³

Essa extensão da atuação estatal dá origem a uma geração de direitos que extrapassa a mera limitação do Estado em preservar a liberdade do indivíduo; exige-se-lhe, a partir de então, atitudes positivas, com o intuito de promover uma igualdade material de oportunidades, ações e resultados, falando-se assim em direitos de segunda geração.⁴ Tais direitos passam a ser considerados imprescindíveis para o próprio desenvolvimento do Estado capitalista.⁵

Sua efetividade, porém, passa inexoravelmente pelos programas de ação governamental que devem coordenar os meios à disposição do Estado para o seu cumprimento – as chamadas políticas públicas.⁶

A importância das políticas públicas reside justamente em equacionar o dilema do Estado Democrático moderno: como garantir a todos os indivíduos sua infinita liberdade com recursos financeiros finitos.

³ Cf. AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 116-7.

⁴ Como observa Paulo Bonavides, o lema revolucionário do século XVIII, capitaneado pela Revolução Francesa, curiosamente profetizava uma sequência gradativa de institucionalização dos direitos: liberdade, igualdade e fraternidade. Tem-se assim, que os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade, os primeiros a constarem nas constituições positivadas. A esses, seguiram-se os chamados direitos de igualdade, ou direitos sociais, tidos como direitos de segunda geração. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 562-3.

⁵ Cf. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p.70.

⁶ Sobre o conceito de políticas públicas, cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das chamadas políticas públicas, in MILARÉ (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 730. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39. FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 58. GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 26. MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão Jurídica das Políticas Públicas. In BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 62. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 802. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 260.

O referido dilema envolve um processo de escolha, de estabelecimento de prioridades, em face daquilo que se mostra mais necessário para a sociedade em determinado momento.

Mas o Estado é um aparelhamento complexo, dotado de inúmeras obrigações. Além de garantir aos cidadãos seus direitos fundamentais, precisa se desenvolver e manter seu aparato. Muitas vezes, porém, o que ele arrecada não é suficiente para propulsionar o desenvolvimento, nem para fazer frente a toda demanda por gastos. Surge aí o endividamento.

O Estado brasileiro já nasceu endividado.⁷ No curso de sua evolução, contraiu mais dívidas à medida que passou a assumir novos papéis, sobretudo no campo econômico. Devido ao tardio processo de industrialização, grande parte de seu endividamento no século XX se deveu à tentativa de recuperação do tempo perdido.⁸ E essa tentativa, aliada a fatores externos, como a alta do preço do petróleo na década de 70, e a fatores internos, como a falta de transparência e controle dos gastos públicos, resultaria num país altamente endividado, às vésperas da promulgação da Constituição de 1988.

O problema é acentuado pela forma federativa de Estado. A elevação dos Municípios à categoria de entes federativos e a crescente descentralização de gastos e receitas da União para os Estados e Municípios, introduzidas pela Constituição Federal de 1988, refletiriam no alto endividamento público de cada um dos entes federativos.⁹

Nesse cenário praticamente tomado por dívidas mobiliárias¹⁰ e dívidas contratuais, pouca atenção é dada às dívidas judiciais que, no caso do Município de São

⁷ Como lembra Régis Fernandes de Oliveira, o Brasil, para obter o reconhecimento de país independente por parte da Inglaterra, potência da época, teve que assumir parte da dívida portuguesa. *Curso de Direito Financeiro*, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 578.

⁸ GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM Ana Cláudia. *Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil*, 3.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 86-7.

⁹ Para Fabio Giambiagi e Mônica Mora “As idiossincrasias de formação do federalismo brasileiro, com a cessão de poder do Governo Central em prol dos governos subnacionais, distinguiram as relações intergovernamentais no Estado Brasileiro. Movimentos de sistole e diástole, características do Federalismo brasileiro enfatizadas por Simonsen (1995), decorreram de um quadro marcado pela fragilidade institucional e pela tentativa de minimizar os conflitos e acomodar interesses divergentes por meio das relações intergovernamentais, com soluções que frequentemente contornavam o arcabouço legal(...) As peculiaridades da federação brasileira levaram a que esses conflitos se exacerbassem no processo de endividamento.” GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM Ana Cláudia. *Federalism and subnational debt: a discussion on the sustainability of state debt*, *Revista de Economia Política*, n. 3, v. 27, july/sept. 2007, pp. 472-3.

¹⁰ Segundo o art. 29, inciso II, da LC 101/2000, dívida pública mobiliária é aquela representada por títulos emitidos pela União, inclusive os do Banco Central do Brasil, Estados e Municípios.

Paulo, terceira maior arrecadação do país, respondem por mais de 20% da dívida consolidada.¹¹

Ao contrário das dívidas mobiliárias e contratuais, geralmente assumidas para despesas de capital,¹² as dívidas judiciais aparecem ora como consequência negativa da má formulação de políticas públicas, ora como consequência negativa do próprio alto endividamento público.

A seguir, apontar-se-ão algumas das razões que demonstram o exato papel das dívidas judiciais no endividamento público, suas causas e consequências, bem como seu reflexo direto ou indireto na formulação de políticas públicas.

2. Considerações sobre o impacto das dívidas judiciais no orçamento público dos entes federativos após a promulgação da Constituição de 1988

O endividamento com precatórios não se mostrou alarmante, em termos percentuais, no âmbito da União, ao contrário do que ocorreu com os Estados e com os Municípios. Muitos fatores de ordem política e econômica podem explicar esse processo.¹³ Apenas para citar alguns, a alta centralização verificada no regime anterior, a repartição de competências e receitas promovida pela Constituição Federal de 1988 e a responsabilidade do governo central, decorrente de sua função garantidora da

¹¹ Segundo Relatório de Gestão Fiscal do 2º Quadrimestre de 2009, disponível no site da Secretaria do Tesouro Nacional: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/Estados_municipios/sistn.asp>. Acesso em: 20 setembro 2011. Já no caso do Estado de São Paulo, o endividamento com precatórios responde por pouco mais de 10% do total da dívida pública consolidada.

¹² Segundo o art. 12 da Lei nº 4.320/1964 são consideradas despesas de capital, os investimentos (obras públicas, serviços em regime de programação especial, equipamentos e instalações, material permanente, participação em constituição ou aumento de capital de empresas ou entidades industriais ou agrícolas), as inversões financeiras (aquisição de imóveis, participação em constituição ou aumento de capital de empresas ou entidades comerciais ou financeiras, aquisição de títulos representativos de capital de empresa em funcionamento, constituição de fundos rotativos, concessão de empréstimos, diversas inversões financeiras) e as transferências de capital (amortização da dívida pública, auxílios para obras públicas, auxílios para equipamentos e instalações, auxílios para inversões financeiras e outras contribuições).

¹³ Segundo Fábio Giambiagi e Monica Mora, as relações intergovernamentais, sempre caracterizadas pela disputa por autonomia dos entes subnacionais; uma legislação que conferia tratamento similar a entes muito desiguais; e a falta de limites (embora com muita regulação) teriam levado a um processo de endividamento dos entes federativos subnacionais, tendo em grande parte a própria União como credora. GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM Ana Cláudia. Federalism and subnational debt: a discussion on the sustainability of state debt, *Revista de Economia Política*, n. 3, v. 27, july/sept. 2007, p. 473.

estabilidade econômica da nação, teriam permitido à União maior receita disponível para a satisfação dos débitos judiciais.

Além disso, seu pagamento em dia serviria de exemplo aos demais entes federativos.

Mesmo nos entes federativos, o papel dos débitos judiciais no montante total de endividamento, como já dito, raramente ultrapassa os dez por cento¹⁴. Talvez por essa razão, há pouco estudo sobre o tema, sendo o endividamento público quase sempre tratado em seu aspecto global, correlacionando causas econômicas e soluções jurídicas.

Embora represente um percentual ligeiramente mais baixo do que aquele correspondente ao endividamento com dívidas contratuais, as dívidas judiciais foram tratadas pelos governos dos entes subnacionais como forma de financiamento indireto. Num primeiro momento, era-lhes facultada emissão de títulos públicos não computáveis para efeitos de limites de endividamento para quitação de precatórios. Com isso, mais lhes sobrava para operações contratuais destinadas a fazer frente aos seus déficits orçamentários. Num segundo momento, mesmo após a proibição de emissão de títulos para tal fim, o não pagamento de precatórios alimentares continuou a representar forma de receita de capital para tais entes, driblando os limites de endividamento impostos pela legislação nacional.¹⁵

Nesse aspecto, as dívidas judiciais cumpriram papel de relevo. Resultante da má administração dos gastos públicos e da ineficiência da prestação positiva de políticas públicas, aliadas a uma legislação que premia o credor da Fazenda Pública com juros altos, e a não responsabilização do agente causador do dano (esta devida, em grande parte, ao próprio Judiciário), o alto endividamento com dívidas judiciais foram, nos últimos 20 anos, a “válvula de escape” de alguns governadores e prefeitos.

Apenas para citar um exemplo, o Estado de São Paulo devia, em 2011, algo em torno de doze bilhões de reais com dívidas judiciais assumidas antes de 5.5.2000, sendo menos da metade desse valor correspondente a dívidas judiciais posteriormente a essa data.¹⁶

¹⁴ Em termos percentuais, pelos dados coletados na Secretaria do Tesouro Nacional de 2002 a 2009. Cf. o site da Secretaria do Tesouro Nacional. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 20 setembro 2011.

¹⁵ Para Fábio Giambiagi e Ana Cláudia Além, a inibição do mal uso dos precatórios estão entre as mudanças que resultaram em um maior controle da dívida dos Estados GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM Ana Cláudia. *Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil*, 3.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 165.

¹⁶ Dados obtidos no site da Secretaria do Tesouro Nacional. Disponível em:

Tais dados apontam para um calote generalizado por parte do Estado de São Paulo no pagamento das dívidas dessa natureza. Considerando que o orçamento do mesmo Estado para 2010 previa um valor na casa de um bilhão e cem milhões de reais para pagamento dos precatórios,¹⁷ e que o número e o valor das condenações judiciais, conforme quadro abaixo, geralmente aumentam a cada ano, sobretudo com o aumento da judicialização, conclui-se que um estoque na casa dos doze bilhões de reais resulta não apenas de um constante, mas de um antigo inadimplemento.

TABELA DE INCLUSÃO DE VERBA NECESSÁRIA AO PAGAMENTO DOS DÉBITOS JUDICIAIS, NOS TERMOS DO ART. 100, §5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, COM A REDAÇÃO DADA PELA EC n. 62/2009, NAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS ANUAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO¹⁸

EXERCÍCIO ORÇAMENTÁRIO	RECEITA ORÇADA	PAGAMENTO ORÇADO DE PRECATORIOS JUDICIAIS
2010	R\$ 125.705.696.614,00	R\$ 1.106.802.634,00
2009	R\$ 118.206.060.515,00	R\$ 1.217.918.172,00
2008	R\$ 96.873.844.780,00	R\$ 790.903.615,00
2007	R\$ 84.986.001.490,00	R\$ 846.166.073,00
2006	R\$ 81.292.048.395,00	R\$ 428.637.110,00
2005	R\$ 69.887.577.689,00	R\$ 508.211.079,00

Para Fernando F. Scaff,

a base do problema é político, pois algumas unidades federadas encontram-se absolutamente em dia com o pagamento de seus precatórios, tal como a União e alguns Estados da Federação, curiosamente, dentre eles, alguns menos desenvolvidos.¹⁹

Mas para Florenzano, citado por Fernando B. Meneguim e Maurício Soares Bugarin²⁰, o alto endividamento com precatórios:

<<http://www.tesouro.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 20 setembro 2011.

¹⁷ Segundo a Lei Orçamentária Anual para 2010, o valor incluído no orçamento para pagamento de precatórios judiciais, nos termos do art. 100, §5º da Constituição Federal, era exatamente de R\$ 1.106.802.634,00, não se incluindo os valores das dívidas judiciais da administração indireta, com orçamento próprio, nem o pagamento dos requisitórios de pequeno valor. Cumpre ressaltar que, nos termos do mesmo dispositivo constitucional, o referido valor deve corresponder a todos os precatórios apresentados até 1º de julho de 2009.

¹⁸ Estão incluídos apenas os dados referentes ao pagamento de dívidas judiciais da administração direta, excluídos os requisitórios de pequeno valor.

¹⁹ SCAFF, Fernando Facury. O Uso de Precatórios para Pagamento de Tributos. In ROCHA (org.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, v. 13, 2009, p. 104. É o caso do Estado do Pará, segundo o relatório do segundo quadrimestre de 2009, disponível no site da Secretaria do Tesouro Nacional: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 20 setembro 2011.

²⁰ *Uma análise econômica para o problema dos precatórios*. Textos para discussão - Consultoria Legislativa do Senado Federal, nº 46, p. 1-28; Brasília. 2008. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br>>. Acesso em 15.05.2010, p. 4.

É um problema jurídico, porque o não pagamento dos precatórios configura um descumprimento de decisões judiciais transitadas em julgado. Ora, se o próprio Estado não cumpre as decisões judiciais, não se pode sequer falar em Estado de Direito. É também, no entanto, um problema econômico, porque afeta o desenvolvimento da atividade econômica e diz respeito à alocação de recursos escassos. É, ainda, um problema social, porque envolve a distribuição e aplicação de recursos públicos.

O fato é que tal inadimplemento ocasionou um problema intergeracional, já que há débitos judiciais não pagos com idade superior a vinte anos. Interpretações questionáveis do texto constitucional e normas de duvidosa constitucionalidade permitiram aos entes federativos subnacionais o descumprimento de ordens judiciais de pagamentos de precatórios.

É o que se verá adiante.

3. Causas do alto endividamento com precatórios

Os precatórios²¹ geralmente resultam de condenações em ações judiciais trabalhistas, decorrentes de desapropriações e outras ações de caráter indenizatório, conforme tabela exemplificativa abaixo:

Balanco orçamentário do Estado de São Paulo nos anos de 2005 e 2007 – Composição do pagamento dos precatórios de responsabilidade da Administração Direta (em R\$ 1.000)					
EXERCICIO	ADMINISTRAÇÃO DIRETA				TOTAL
	Reclamações trabalhistas	Desapropriações	Alimentícios	Outros	
2005	3.480	967.637	287.600	188.631	1.447.348
2006	2.260	726.396	786.691		1.515.347
2007	6.968	811.592	307.826	242.221	1.368.607
Balanco orçamentário do Estado de São Paulo nos anos de 2005 e 2007 – Composição do pagamento dos precatórios de responsabilidade da Administração Direta (em %)					
EXERCICIO	ADMINISTRAÇÃO DIRETA				TOTAL
	Reclamações trabalhistas	Desapropriações	Alimentícios	Outros	
2005	0,24	66,86	19,87	13,03	100
2006	0,15	47,94	51,91		100

²¹ Nome dado ao ofício expedido pelo presidente do tribunal competente para requisitar ao Chefe do Poder Executivo o depósito da importância para pagamento da ação julgada procedente contra a respectiva Fazenda Pública.

2007	0,51	59,30	22,49	17,70	100
------	------	-------	-------	-------	-----

Embora a tabela acima apresente apenas a composição dos precatórios pagos, não a totalidade da dívida, é possível inferir o papel que cada componente exerce no montante global do endividamento com precatórios na Administração Direta²².

Como informam Fernando B. Meneguim e Maurício S. Bugarin,

segundo o Supremo Tribunal Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios devem cerca de R\$ 78 bilhões em precatórios, o que equivale a aproximadamente 3% do PIB nacional em 2007. Do total, R\$ 42,2 bilhões são precatórios alimentares e o restante, decorrentes, principalmente, de desapropriações de terras e imóveis. Apenas o Estado de São Paulo deve R\$ 13 bilhões, correspondente a cerca de 1,8% do PIB estadual em 2005.²³

Percebe-se que os componentes de maior peso no endividamento judicial são as desapropriações e os débitos alimentícios, que compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado.²⁴

Já as reclamações trabalhistas ajuizadas por empregados públicos respondem por menos de um por cento do total, o que se pode atribuir ao grande número de servidores estatutários que executam o serviço público no âmbito da Administração Direta e, ainda, ao valor relativamente menor da remuneração paga aos servidores celetistas em comparação aos servidores estatutários. Além disso, é inegável que a legislação trabalhista geral (CLT), dada sua universalidade e estabilidade, causa menos controvérsias jurídicas²⁵ que a legislação que regula a atividade funcional dos servidores públicos, as quais se sujeitam a uma maior volatilidade, especialmente em matéria de remuneração.

²² Em média, as dívidas judiciais da Administração Indireta representam menos de 30% do total das dívidas judiciais do Estado de São Paulo, havendo uma variação da participação de cada componente conforme a natureza do órgão.

²³ MENEGUIM, Fernando Boarato; BUGARIN, Maurício Soares. *Uma análise econômica para o problema dos precatórios*. Textos para discussão - Consultoria Legislativa do Senado Federal, nº 46, p. 1-28; Brasília. 2008. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br>>. Acesso em: 15 setembro 2011, p. 4.

²⁴ Art. 100, §1º, da Constituição Federal.

²⁵ Não se refere aqui às controvérsias fáticas.

Dentro desse contexto, é possível esboçar causas imediatas e mediatas do alto endividamento com débitos judiciais.

3.1. Causas imediatas

Refere-se aqui às circunstâncias de ordem fática ou jurídica que diretamente provocam a condenação judicial ou o aumento do valor devido em virtude dessa condenação.

Entre as inúmeras causas imediatas pode-se apontar a **má administração, a judicialização das políticas públicas, a supervalorização das dívidas judiciais** devido à correção monetária do principal ou à incidência de altas taxas de juros.

A **má administração** dos entes políticos por seus governantes pode ser relacionada à irresponsabilização legal, ao caráter provisório dos mandatos e à falta de profissionalização dos gestores públicos.

A ausência de responsabilidade civil, penal, ou política dos gestores públicos, serve de estímulo para que o governante com más intenções ou sem compromisso com seu Estado ou seu Município realize uma má administração, escolhendo assessores mal preparados, por força de favores políticos, ou simplesmente deixando de lado ações que deveriam constar na pauta de prioridades do respectivo governo, para satisfação de interesses políticos ou pessoais.

Para o mesmo problema colabora um dos princípios basilares do Estado Brasileiro: o princípio republicano. Sua principal característica - a alternância no poder – também apresenta desvantagens, como o preterimento de políticas de Estado em relação às políticas de governo. Os mandatos temporários aliados à cultura do poder pelo poder levam os governantes a optarem por obras e gastos que lhes gerarão dividendos políticos para uma reeleição, ou eleição de seu correligionário.

Tal postura, aliada à irresponsabilização legal, resultam na eleição de governantes descompromissados e desprovidos de conhecimento técnico em gestão governamental. Além disso, como a profissionalização nessa área não se mostra relevante (para a média dos governantes), os cargos públicos de direção e assessoramento são preenchidos por correligionários, sem qualquer critério técnico.

A importância do profissionalismo do gestor público, especialmente no tocante ao gestor da dívida pública, é ressaltada por Anderson Caputo Silva *et al.*²⁶ que, citando Graeme Wheeler²⁷, destaca sua necessidade à medida em que a baixa qualidade das decisões na gestão da dívida ampliaria o risco do balanço patrimonial do governo.²⁸

Embora o trabalho de Wheeler esteja mais voltado ao endividamento dos governos nacionais, a lição é universal e se aplica também aos governos subnacionais.

Mas a causa do alto endividamento aqui estudado não se deve apenas à falta de gestores especializados em endividamento e gastos públicos. Como visto acima, boa parte dos precatórios resultam de processos de desapropriação ou de indenizações resultantes de ações ou omissões do poder público, decorrentes da falta de políticas públicas adequadas.

É claro que a participação de um especialista na formulação de determinada política afeta à sua área de conhecimento não é per si garantia de sucesso. Entretanto, parece inegável que os riscos de uma política fracassada nesse caso são consideravelmente menores.

É oportuno ressaltar que não se discute aqui que o problema do alto endividamento seja um problema político,²⁹ e não técnico. O que se busca apontar é que não se fazem boas escolhas políticas sem o mínimo de suporte técnico.

Lentamente, sente-se um progresso nesse aspecto. Com a proliferação de regras de gestão, especialmente após o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, há um

²⁶ SILVA, Anderson Caputo; CARVALHO, Lena Oliveira de; MEDEIROS, Otavio Ladeira de. (orgs.). *Dívida Pública: a experiência brasileira*. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional: Banco Mundial, 2009, p. 19.

²⁷ WHEELER, Graeme. *Sound practice in government debt management*. Washington: World Bank, 2004.

²⁸ Prosseguem os autores afirmando que diversos países experimentaram, desde o final da década de 1980, quando se iniciou um processo global de aperfeiçoamento da gestão da dívida pública, mudanças institucionais importantes nessa área e ampliaram o foco na capacitação dos gestores para que estes pudessem efetivamente traçar e implementar estratégias de endividamento que minimizassem o custo da dívida do governo no médio e no longo prazos, observando níveis prudentes de riscos. SILVA, Anderson Caputo; CARVALHO, Lena Oliveira de; MEDEIROS, Otavio Ladeira de. (orgs.). *Dívida Pública: a experiência brasileira*. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional: Banco Mundial, 2009, p. 19.

²⁹ Acompanhamos o entendimento de Maria Paula Dallari Bucci : “(...) sem uma gestão eficiente do aparelho de Estado no Brasil não é possível romper o círculo vicioso que impede o desenvolvimento do país. Por outro lado, as soluções exclusivamente técnicas, centradas no aspecto da gestão, que não contemplem os problemas da dominação política em sua magnitude real – os quais nunca deixaram de pesar sobre a organização e o funcionamento do aparelho administrativo do Estado – serão necessariamente insatisfatórias. O problema jurídico-administrativo do Brasil, embora tenha elementos gerenciais, não é exclusivamente de gestão; é primordialmente político(...)”. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 244.

notável avanço na profissionalização da gestão governamental, com cada vez mais constantes cursos de aperfeiçoamento nessa área. Entretanto, a legislação brasileira ainda é muito tímida no que se refere aos requisitos para ocupação dos cargos públicos eletivos e de assessoramento.

Também se pode apontar como causa do alto endividamento a **judicialização das políticas públicas**. O tema vem ganhando crescente destaque e despertando cada vez mais o interesse acadêmico.³⁰

Com a expressão “*judicialização das políticas públicas*” busca-se apontar a interferência cada vez maior do Poder Judiciário na execução de políticas públicas.

O debate, que envolve a conformação atual da divisão de poderes, certamente não é recente, mas ganhou força com o advento do Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição de 1988.³¹

A principal consequência dessa judicialização é o aumento dos gastos públicos e, via reflexa, de seu endividamento. Por um lado, a falta de políticas públicas em áreas sensíveis como saúde (atendimentos precários, omissões de socorro, *e.g.*) e segurança pública (superlotação dos presídios e cadeias e irresponsabilização dos agentes, *e.g.*) acabam gerando demandas judiciais que resultam em alto número de indenizações. Por outro, as indenizações e obrigações de fazer decorrentes de sentenças judiciais diminuem a margem discricionária de atuação do poder público, restringindo o gasto nas citadas áreas sensíveis.

Outra causa relevante do alto endividamento público com dívidas judiciais é a **supervalorização** destas últimas, devido basicamente a dois fatores: à hiperinflação experimentada entre o fim da década de 1980 até a criação do plano real, em 1994, e às indenizações decorrentes de desapropriações com valores muito acima do valor de

³⁰ Cf., entre outros, RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

³¹ Para Ernani Rodrigues de Carvalho tal processo se deve, por um lado, ao sistema político democrático, à separação dos poderes e ao exercício dos direitos políticos e, por outro, ao uso dos tribunais por grupos de interesse e à inefetividade do que chama de “instituições majoritárias”. CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem, *Revista de Sociologia Política*. Curitiba: n. 23, 2004, pp. 117-120.

mercado do imóvel, devido à superavaliação dos imóveis³² e também à incidência de juros compensatórios.³³

3.2. Causas mediatas

Apontam-se como causas mediatas as circunstâncias de ordem política ou jurídica que estimulam (ou ao menos não inibem) o endividamento com condenações judiciais.

Entre essas causas estão a **irresponsabilização**³⁴ dos agentes públicos, sejam aqueles envolvidos na gestão da dívida, sejam aqueles direta ou indiretamente afetos à formulação ou à execução de políticas públicas; a existência no Brasil de um **federalismo insustentável**; e, de forma ainda discutível, a **repartição constitucional de competências e de receitas**.

A irresponsabilização dos agentes públicos, nas circunstâncias indicadas, não é aqui tratada tão-somente sob a ótica do descumprimento do dever de pagamento de precatórios. Essa hipótese, inclusive, raramente tem implicado algum tipo de sanção aos prefeitos ou aos governadores, como se verá em tópico adiante, salvo em algumas hipóteses de flagrante desobediência.³⁵

³² Nesse sentido, anota Flavio Corrêa de Toledo Jr. as palavras do ex-Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo, em 2006: "A maioria das condenações impostas ao Estado espelham indenizações muito superiores ao valor de mercado do imóvel(...)Em alguns casos, o metro quadrado da Serra do Mar custava mais caro que o metro quadrado da Avenida Paulista (in: 'Folha de São Paulo'; 9.05.2006)." TOLEDO JÚNIOR, Flavio Corrêa. O regime especial dos precatórios à luz da Emenda Constitucional nº 62, *Revista Zênite: IDAF - Informativo de direito administrativo e responsabilidade fiscal*. Curitiba: n. 103, v. 9, fev. 2009, p. 625.

³³ Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, "juros compensatórios são aqueles devidos pelo expropriante ao expropriado, a título de compensação pela perda antecipada da posse que este haja sofrido." Os juros compensatórios não eram previstos em lei, mas decorrem de interpretação jurisprudencial. Segundo a súmula 618 do STF, sua razão é de 12% ao ano. *Curso de Direito Administrativo*, 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 832.

³⁴ Usa-se aqui o termo *irresponsabilização* no lugar de *irresponsabilidade*, buscando conferir maior propriedade semântica ao termo, por envolver a ideia de processo. Quer-se referir à falta de efetiva aplicação de sanções aos administradores.

³⁵ PROCESSUAL PENAL. *HABEAS-CORPUS*. PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS VENCIDOS. DESCUMPRIMENTO. ORDEM JUDICIAL. LEGALIDADE. Reveste-se de absoluta legalidade a ordem judicial emanada de Presidente de Tribunal determinativa do pagamento de valores relativos a débitos judiciais contemplados em precatórios inscritos em orçamento de exercício financeiro já findo. O *habeas-corpus*, instrumento de dignidade constitucional destinado a assegurar o direito de locomoção não é meio idôneo para afastar as consequências decorrentes de resistência às decisões judiciais. *Habeas corpus* denegado. (STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 04.02.2002, p. 566).

Quer-se não apenas apontar a falta de responsabilização dos agentes públicos que protelam o pagamento de precatórios, causando maior endividamento (nas hipóteses em que o não pagamento aumenta ainda mais o valor devido, pela incidência de juros), mas também a falta de responsabilização dos agentes envolvidos em ações e em omissões estatais de que resultam as condenações judiciais.

Sob esse ângulo, talvez, o grande retrocesso para o país tenha sido a adoção da responsabilidade objetiva do Estado.³⁶ Embora a intenção tenha sido a de equilibrar a relação jurídico-processual em favor do cidadão, este acaba sendo prejudicado de duas formas: diretamente, pois a relação processual judiciária com a fazenda pública³⁷ é geralmente mais lenta do que a relação com o particular, recebendo o pagamento da condenação mediante expedição de precatórios³⁸; e, indiretamente, pois arca, na qualidade de contribuinte, com o pagamento de uma indenização gerada por uma lesão individual.

Embora haja a possibilidade de a fazenda pública ajuizar ação de regresso em face do agente público causador do dano, também é fato notório que tal medida quase sempre não é adotada nesses casos. Juízes raramente sofrem algum tipo de sanção por condenarem pessoas erradas, ou por deixá-las mais tempo que o necessário na prisão. O mesmo ocorre com delegados ou administradores penitenciários, quando há morte ou violência entre os presos nas dependências sob sua responsabilidade, com os médicos e com os administradores de hospitais públicos, nos casos de recorrente negligência médica ou hospitalar. Do escrevente que erra no preenchimento de documentos, aos prefeitos e governadores que respondem, em última instância, pelos serviços subordinados, há uma disseminada falta de responsabilização, já que diluir a responsabilidade com o contribuinte é tarefa mais fácil que impingi-la ao agente causador efetivo do dano.

Duas seriam as soluções possíveis: a indisponibilidade da ação de regresso, devendo a pessoa jurídica de direito público condenada a pagar o dano (ou que arcou administrativamente com ele) obrigatoriamente mover referida ação contra os prováveis

³⁶ Art. 37, §6º, da Constituição Federal.

³⁷ Devido, entre outros fatores, aos privilégios dos prazos em dobro e em quádruplo (Art. 188 do Código de Processo Civil), ao recurso necessário (Art. 475 do Código de Processo Civil) e à limitação para realização de acordos (Cf. Lei 9.469/1997).

³⁸ O que pode ser uma vantagem, pois nesse caso o credor tem ao menos uma garantia de que irá receber, o que não acontece quando o réu é pessoa jurídica de direito privado.

culpados pela sua ocorrência (sob pena de responder, civil e administrativamente, por tal omissão), os quais devem ser condenados, se verificado o dolo ou a culpa, por negligência, imprudência ou imperícia; ou a adoção da responsabilidade solidária entre eles.

Outro fator que pode ser apontado como causa indireta do alto endividamento com precatórios é o **federalismo insustentável**. A proliferação de entes federativos, sem qualquer controle ou planejamento, todos dotados de poder legislativo e executivo próprios, cada qual com uma estrutura própria e geralmente “inchada”, dotada de grande patrimônio e cargos públicos quase sempre muito atrativos (mas nem sempre tão necessários), dão uma boa noção do problema. Ives Gandra da Silva Martins o sintetiza numa única frase: “a Federação brasileira não cabe dentro de seu PIB”.³⁹

O problema é maior quando se trata dos Municípios, até mesmo pelas dificuldades em se criar novos Estados. Conforme Fábio Giambiagi e Ana Cláudia Além, “*devido à febre de emancipações, entre 1980 e 1996, o número de Municípios do país aumentou 33%*”. Para eles, três são as causas: a) recusa dos moradores de áreas nobres do município em pagarem tributos para serem usados em áreas menos nobres; b) existência de rivalidades locais entre habitantes de um mesmo município; c) incentivo implícito, resultante das regras de distribuição do Fundo de Participação dos Municípios

40 .

Ocorre que os habitantes das localidades que aspiram à emancipação geralmente são iludidos com a promessa de que esta é a melhor solução para problemas de falta de políticas públicas em sua região. Se, por um lado, a maior participação no Fundo de Participação dos Municípios gera maior receita para aquela localidade, os gastos resultantes da criação do município nem sempre acabam valendo à pena. Além disso, perde-se muito a capacidade de investimentos de interesse interlocal, devendo os entes desagregados buscarem, ironicamente, nova união mediante a constituição de consórcios municipais.

Bastante atrelada a esta segunda hipótese, está a **repartição constitucional de competências e receitas**.

³⁹ As amarras legais do Brasil. *Gazeta Mercantil*. São Paulo, 7 jan. 2007. Disponível no site do autor: <<http://www.lawmanager.com.br>>. Acesso em: 1º junho 2010.

⁴⁰ GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM Ana Cláudia. *Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil*, 3.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 338.

Segundo Fábio Giambiagi e Ana Claudia Além, não houve no Brasil, com a Constituição de 1988, um processo organizado de transferência de responsabilidades, mas sim uma descentralização “forçada”, mediante a atribuição aos Estados e Municípios de competências que antes eram da União. Em alguns casos, como na área de saúde, o simples desaparecimento das ofertas de serviços prEstados pela União, levaram os demais entes federativos a assumirem essas funções, ainda que não tenham sido atribuídos formalmente a eles.⁴¹

Esse fato per si, embora agrave o problema, não pode ser apontado como justificativa para o alto endividamento judicial, haja vista que boa parte dos entes federativos está com o pagamento dos precatórios, senão em dia, pelo menos pouco endividados.

4. Soluções legislativas para o problema do alto endividamento com precatórios

O alto endividamento público, cujas causas, em parte, já foram tratadas acima, passou a encontrar maior controle a partir da Constituição Federal de 1988, sobretudo com o advento do Plano Real, em 1994, que, ao estabilizar a inflação, permitiu maior acompanhamento institucional e - por que não - popular dos gastos públicos.

Embora a dívida pública tivesse como maior componente as dívidas dos entes subnacionais com a União ou com credores externos, foram as dívidas judiciais, responsáveis por menos de cinco por cento do total da dívida, o componente mais injustamente atingido pelas novas regras de contração de dívidas e controle dos gastos.

Essa injustiça não se deveu apenas à legislação; esta, pelo contrário, até apresentou significativo avanço, desde a redação original da Constituição Federal de 1988, até o advento da Emenda Constitucional nº 62/2009. Os maiores responsáveis pelo inadimplemento dos débitos judiciais são o Poder Executivo dos entes subnacionais inadimplentes e também o Poder Judiciário, muitas vezes tímido ou conivente com a prática. Embora não haja que se falar em má-fé, o fato é que as

⁴¹ GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM Ana Cláudia. *Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil*, 3.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999, pp. 325-35.

escolhas políticas governamentais e os argumentos dos tribunais estão longe de refletir o espírito dos dispositivos constitucionais a seguir tratados.

Esse processo tem início com a promulgação da Constituição Federal de 1988, cuja redação original do texto permanente praticamente manteve as mesmas regras gerais previstas na Constituição anterior, no que diz respeito ao regime de precatórios.

As garantias para o credor previstas na Constituição de 1969 foram mantidas, cabendo citar: a) pagamento exclusivamente na ordem cronológica de apresentação, b) proibição de identificação do crédito nas dotações orçamentárias; c) obrigatoriedade de inclusão no orçamento de quantia necessária ao seu pagamento; d) pagamento efetuado por intermédio do Presidente do Tribunal exequendo; e) sequestro de quantia em caso de desrespeito à ordem cronológica.

Como tais garantias não se mostraram suficientes, trouxe a novel Constituição, considerando o texto original e suas quatro emendas, as seguintes regras inéditas: a) tratamento diferenciado dos débitos em razão de seu valor, natureza ou qualidade do credor; b) expressa previsão de atualização monetária quando do pagamento dos precatórios e incidência de juros de mora quando do pagamento dos requisitórios; c) responsabilidade penal e administrativa do Presidente do Tribunal exequendo que retardar ou frustrar o regular pagamento dos precatórios; e d) possibilidade de cessão dos créditos.

Ocorre que, a par desse considerável avanço no texto permanente, trouxe a redação original da Constituição Federal de 1988 – e também as Emendas 30/2000 e 62/2009 – avanços e retrocessos no texto provisório. Avanços, como a fixação de prazo para o pagamento dos precatórios, a possibilidade de sequestro dos respectivos valores em caso de descumprimento e a possibilidade de cessão dos créditos; e retrocessos, como o prazo de parcelamento e uma redação que abriu margem a uma série de desvios da finalidade buscada pelo Constituinte.

Devido a isso, o que teoricamente seria uma garantia aos credores contra o inadimplemento por parte das fazendas públicas, tornou-se alvo de inúmeras críticas e acusações de “calote disfarçado”. Isso porque, embora prevendo limites de prazo, aplicação de juros, sequestro em caso de não cumprimento, poder liberatório do pagamento de tributos ou compensação, as regras trazidas pelos artigos 33, 78 e 97 do ADCT contêm imperfeições, as quais, como se discutirá adiante, além de provocar

maior endividamento por parte dos Estados e Municípios, criaram disparidades de tratamento entre os diversos credores, possibilitando a alguns o recebimento de precatórios mais recentes e, a outros, a dilação do pagamento de precatórios mais antigos.

Além disso, o estoque de precatórios ficaria comprometido com a edição da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, especialmente devido aos artigos 30, §7º; 31 e 32, combinada com as Resoluções n. 40/2001, 43/2001 e 48/2007 do Senado Federal, ao serem estabelecidos limites para a dívida líquida consolidada, excluindo-se os precatórios pendentes de pagamento antes da data de vigência da LRF.

A seguir, será analisado com mais detalhe como tais normas provocaram um aumento da dívida pública judicial.

4.1. O artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

A Constituição de 1988, no art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), autorizou aos entes federativos o pagamento dos precatórios judiciais em até oito prestações anuais, iguais e sucessivas. Para fazer frente a essa despesa, o parágrafo único do mesmo artigo autorizava a emissão, pelo ente político, de títulos da dívida pública. Eis o que dispunha o referido artigo:

“Art. 33. **Ressalvados os créditos de natureza alimentar**, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, **no prazo máximo de oito anos**, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição.”

Parágrafo único. Poderão as entidades devedoras, para o cumprimento do disposto neste artigo, emitir, em cada ano, no exato montante do dispêndio, títulos de dívida pública não computáveis para efeito do limite global de endividamento.

O parcelamento em oito anos, além de constituir um verdadeiro “calote”, representou uma contradição entre seu conteúdo e os demais valores encampados pelo novo texto constitucional, entre os quais, os princípios da isonomia (art. 5º, caput, da CF), do direito adquirido e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF), da justa indenização (art. 5º, XXIV), do pagamento dos precatórios judiciais (art. 100) e do princípio implícito da segurança jurídica. Muitos desses, inclusive e ironicamente, assegurados no regime autoritário que se superava.⁴²

Pelas razões acima, discutiu-se à época se o art. 33 do ADCT seria inconstitucional. Mediante o ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin 815-3), invocava-se a tese da supremacia da norma permanente em face da disposição transitória.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que o ADCT, por ser regra especial de transição, poderia excepcionar o texto permanente. O Min. Moreira Alves, relator do processo, acrescentou que não cabia ao STF julgar as decisões tomadas pelo poder constituinte originário, ainda que antagônicas.⁴³

Entretanto, o parcelamento previsto em oito anos seria o menor dos males trazidos pelo artigo 33 do ADCT.

O dispositivo acima transcrito excluiria os créditos alimentares de qualquer tipo de parcelamento, dada sua natureza de recursos necessários à subsistência de seus credores. Por serem essenciais à vida com dignidade, pressupunha o Constituinte que referidos créditos seriam pagos da forma mais rápida possível e, dessa forma, não

⁴² Cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 552.

⁴³ Eis o teor da ementa: EMENTA: “*Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abrangendo normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido” (Pleno, DJ 10.05.1996).*

haveria que se falar em expedição de precatórios para o pagamento dos débitos alimentícios. Infelizmente, não foi isso o que aconteceu.

Mais grave que o parcelamento em oito anos dos débitos não alimentícios, foi a verdadeira moratória do pagamento dos débitos alimentícios. Soubessem os credores alimentícios que receberiam em um prazo muito maior que os credores não alimentícios, certamente teriam preferido a exclusão da expressão “*ressalvados os créditos de natureza alimentar*” do artigo 33 do ADCT.

Embora a interpretação teleológica do dispositivo levasse à conclusão de que o pagamento dos créditos alimentícios devesse ocorrer imediatamente e independentemente de expedição de precatório, a literalidade da norma em comento levou a uma interpretação completamente distorcida, mas que iria ao encontro dos interesses dos entes devedores: o *caput* do artigo 33 só obrigaria o parcelamento em oito anos dos créditos não alimentícios; logo, não haveria qualquer prazo fixado constitucionalmente para o pagamento dos créditos alimentícios. Em outras palavras, se o Estado ou o Município não quisesse efetuar o pagamento de créditos alimentícios, poderia fazê-lo, já que se imaginava não haver qualquer sanção para esse descumprimento.

É o que, inclusive, deixou claro Marcos Nusdeo, então Procurador Geral do Estado de São Paulo, em entrevista dada ao site *Consultor Jurídico*:

“O governo tem um orçamento anual para pagar os credores. Pela EC 30, se não paga parcela dos precatórios não alimentares, há possibilidade de sequestro do valor dos cofres públicos. Então eles são pagos em dia. Como o governo está comprometido com a parcela dos não-alimentares, que é alta, sobra pouco para os alimentares, pagos em ritmo mais lento. A única alternativa possível para mudar este quadro é a aprovação pelo Congresso Nacional de outra emenda constitucional para mudar isso. Não há nada a fazer se não for assim porque a regra vem justamente com uma emenda.

(...)A dívida do estado chega a R\$ 16 bilhões, sendo que R\$ 12 bilhões são referentes a precatórios alimentares. Hoje em dia é mais fácil ser credor de precatório não-alimentar do que de alimentar. As pessoas não acreditam quando eu digo isso, mas a EC 30 assim o fez. (...) No entanto, não resolveu o problema de estoque de alimentares, já que muitos não foram atingidos pelas obrigações de pequeno valor.”⁴⁴

⁴⁴ SCAFF, Fernando F.; ANDRADE, Cesar A. S. A dívida pública com precatórios após 10 anos da LRF

Deveras, a se apegar à literalidade das normas envolvidas, parece ter havido por parte do Constituinte maior proteção aos créditos não alimentícios, prevendo expressamente apenas para estes a possibilidade de sequestro em caso de descumprimento do inadimplemento. Mas não é essa a conclusão a que se chega mediante uma interpretação sistemática ou teleológica.

Nesse sentido, o art. 33 do ADCT deveria ser interpretado à luz das normas previstas nos artigos 5º a 7º da Constituição Federal de 1988, em virtude da natureza dos créditos alimentícios (e dos bens jurídicos ali albergados), especialmente o disposto no art. 6º, já que tais créditos constituem para seus destinatários a garantia de usufruto dos direitos sociais ali consagrados e, portanto, jamais poderiam ser preteridos em favor de créditos de outra natureza.

Mais contundente ainda é a interpretação teleológica. Se a *mens legis* deixar ainda alguma dúvida sobre o espírito da norma em análise, não há qualquer dúvida de que a *mens legislatoris* era a de excluir os créditos alimentares da regra dos precatórios. Isso fica claro nas palavras do então Constituinte Nelson Jobim:

“ (...) A intenção do texto é para que os créditos de natureza alimentícia, que são urgentes, não entrem na regra do precatório, porque o texto, como está posto, faz essa exceção aos casos só em relação à “proibição de designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias”. Se queremos realmente tirar da regra do precatório o problema dos créditos alimentares devidos pela Fazenda Pública, teríamos que deslocar esse texto para outro local, esta exceção para o início do texto: “à exceção dos casos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos.”⁴⁵

Tais fundamentos deveriam ter sido levados em consideração pelo Poder Judiciário, freando a postura institucional inconstitucional de preterição dos créditos alimentares. Entretanto, aquele a quem compete a salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos frustrou os credores alimentícios.

ou como a Resolução 40/2001 do Senado caloteou a República. In SCAFF; CONTI (coords.). *Lei de Responsabilidade Fiscal. 10 anos de vigência – questões atuais*. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 71.

⁴⁵ Ocorre que o texto que chegara à comissão de redação estava assim redigido: *Os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim, à exceção dos créditos de natureza alimentícia*. Entretanto, naquele lugar do texto, a ressalva referir-se-ia, de forma esdrúxula, à proibição de designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. Por esta razão, discutiu-se na comissão de redação qual o sentido pretendido pela subcomissão de mérito pertinente, o que restou esclarecido nas palavras do constituinte Nelson Jobim.

O primeiro golpe foi dado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 571. Referida ação foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em face da Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, a qual dispunha em seu art. 4º, parágrafo único, que ficaria assegurado o direito de preferências aos credores de obrigação de natureza alimentícia, **obedecida, entre eles, a ordem cronológica de apresentação dos respectivos precatórios judiciais.**

Como o art. 100 da Constituição de 1988, em sua redação original, excluiu os créditos alimentícios do regime de precatórios, pelas mesmas razões que justificaram a ressalva feita no art. 33 do ADCT – qual seja, a de que os débitos alimentícios deveriam ser pagos imediatamente – o art. 4º da Lei nº 8.197/1991 deveria ser declarado inconstitucional.

Surpreendentemente, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento amplamente discutido, por maioria de votos, entendeu pela constitucionalidade do referido dispositivo, recorrendo ao argumento da efetividade da Constituição, por não vislumbrarem sob que outra forma legítima poderia ser operacionalizado o artigo 100 da Constituição Federal, sem o sistema de precatórios.⁴⁶

Tal posicionamento deve ser visto com cautela. Em primeiro lugar, o sistema de precatórios não é o único sistema possível de pagamento de dívidas da Fazenda Pública. Esta arca com pagamentos de naturezas diversas mediante o emprego de métodos diversos e nem por isso pode se alegar que não há controle. Em segundo lugar, o que deve interessar ao jurista não é o nome, mas a essência dos institutos. O termo *precatório* é utilizado tanto para se referir apenas ao ofício expedido pelo presidente do Tribunal competente que requisita ao Chefe do Poder Executivo o depósito da importância para pagamento da ação julgada procedente contra a Fazenda Pública, quanto ao regime constitucional previsto no artigo 100 da Constituição Federal (em sua redação original). Na primeira hipótese, o uso do termo *precatório* seria irrelevante, já que tanto no caso de créditos alimentícios, quanto no caso de créditos não alimentícios, seria necessária uma requisição do Poder Judiciário ao Chefe do Poder Executivo competente. E essa requisição chamar-se-ia *precatório*. Já, na segunda hipótese, o uso

⁴⁶ O mesmo entendimento é adotado por Régis Fernandes de Oliveira, para quem a expedição de precatórios é necessária para que haja o controle de seu pagamento. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 536.

do termo *precatório* implicaria a adoção de toda a sistemática prevista no artigo 100 da CF (redação original).

Analisando-se o teor do art. 4º da Lei nº 8.197/1991 e as discussões ocorridas no julgamento da ADI nº 571, não há dúvida de que se utiliza o termo como na segunda hipótese. Mas aplicando-se aqui a mesma interpretação teleológica, não haveria dúvidas quanto à inconstitucionalidade da citada norma. A propósito, oportuno conferir como o debate foi feito na Assembléia Nacional Constituinte:

“O Sr. Constituinte Plínio de Arruda Sampaio – Como disciplina os casos de crédito de natureza alimentícia?

O Sr. Constituinte Nelsom Jobim – É por execução fiscal comum. Aí V. Exa. entra na regra dos executivos fiscais e tem condição de executar. Não entra na regra do precatório. Entra na execução e é satisfeito desde logo, por determinação do Juiz de Direito que requisita o pagamento, ao passo que aqui os créditos alimentares, de urgência vão entrar na fila dos precatórios, o que é um absurdo.”⁴⁷

Sabe-se que a *mens legislatoris* (intenção do legislador) deve ser analisada com cuidado numa interpretação teleológica. Serpa Lopes ensina que nesse tipo interpretação deve-se tomar o cuidado de se afastar as opiniões pessoais manifestadas nas discussões, pois nelas não seria possível encontrar a intenção do legislador. Esta consistiria na vontade da nação representada inequivocamente pela manifestação de vontade da maioria do Poder Legislativo.⁴⁸ Isso é o que fica claro nas palavras do relator da comissão de redação pertinente.⁴⁹ Ela demonstra não a mera opinião do constituinte, mas sua real intenção de que o pagamento dos débitos alimentícios não deveriam se submeter ao regime dos precatórios, o que foi também desprezado pelo Supremo Tribunal Federal.

A despeito disso, os credores dos precatórios federais tiveram mais sorte que os credores dos Estados e Municípios. Se, por um lado, a União se utilizou da regra dos precatórios para quitar os débitos alimentares, alguns entes federativos simplesmente

⁴⁷ Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Suplemento “B”. p. 41.

⁴⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*, 7. ed., v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 138.

⁴⁹ O Sr. Relator (Bernardo Cabral) – “Estou de pleno acordo. A intenção do legislador era esta mesma.” Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Suplemento “B”. p. 41.

não os pagaram inteiramente até hoje, como é o caso do Estado de São Paulo e do Município de São Paulo, ironicamente duas das maiores arrecadações do país.

Ademais, o pagamento dos créditos alimentares ficou comprometido pelo parágrafo único do art. 33 do ADCT. Ao permitir às entidades devedoras a emissão de títulos não computáveis para efeito do limite global de endividamento, destinados ao pagamento dos débitos judiciais não alimentícios, a norma constitucional incentivou os entes federativos a contraírem novas dívidas, e não a limitar seu endividamento. Com isso, por um lado, conseguiram quitar praticamente todos os seus débitos judiciais não alimentícios, mas, por outro, limitariam no futuro a quitação dos débitos preferenciais.⁵⁰

4.2. A Lei de Responsabilidade Fiscal

Expirado o prazo de oito anos para o parcelamento dos precatórios, era notório que os entes federativos ainda acumulavam imensas dívidas de precatórios.

Nesse contexto, por exigência do Fundo Monetário Internacional⁵¹, promulgou-se a LC 101, de 04 de maio de 2000, também aqui conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF. Às vésperas de sua votação, inúmeras foram as tentativas de adiá-la ou de emendá-la, a fim de dar maior prazo para que os Estados e os Municípios se preparassem para as novas regras. Em seu discurso, afirmava o Senador Ney Suassuna, membro da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, haver no mínimo cem processos de prefeituras completamente falidas, sem qualquer possibilidade de rolar suas dívidas.⁵²

Antes da LRF, além das formas legais e legítimas de financiamento público, como a emissão de títulos e as operações de crédito, uma forma mais vantajosa de

⁵⁰ Além disso, o sistema pôde ser facilmente fraudado, o que resultou inclusive na amplamente conhecida CPI dos precatórios. No citado esquema, tais títulos eram emitidos acima do valor nominal, graças a um malabarismo financeiro. Segundo notícia publicada no site da Revista Veja, o relatório final da CPI, apresentado em 1997, estimou em quase 240 milhões de dólares o rombo nos cofres de oito governos estaduais e municipais. Dezesete pessoas e 161 instituições financeiras foram acusadas pelo golpe. <<http://veja.abril.uol.com.br/idade/corruptao/precatorios/caso.htm>>. Disponível em 03.06.2011.

⁵¹ O qual, na qualidade de credor do Brasil, exigiu a aprovação de regras para as contas públicas, nos moldes da Lei de Responsabilidade Fiscal da Nova Zelândia Cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 395.

⁵² É o que fica claro pelos discursos dos senadores às vésperas da votação. Cf. o SICON – Sistema de Informações do Congresso Nacional. Disponível no sítio do Senado Federal na Internet, em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon>>. Acesso em: 29 maio 2011.

financiamento – legal, mas não legítima – seria o não pagamento dos precatórios. Através dessas três formas de financiamento, os entes respondiam à sua ineficiência no controle dos gastos com a busca por mais recursos, e não com a racionalização da despesa.

Com a LRF, esse caminho ficaria mais difícil, tendo em vista que o desequilíbrio orçamentário, as despesas com pessoal, as operações de crédito, os limites da dívida, entre outras coisas, passam a ser por ela regulados.⁵³

Quanto aos precatórios, estes passam a integrar a dívida consolidada e, consequentemente, podem impedir a realização de operações de crédito.⁵⁴

Trata-se de verdadeira punição para as Administrações que não realizarem uma gestão responsável nos gastos públicos. A única medida que flexibilizou o disposto no caput do artigo 31 da LRF foi a possibilidade de duplicação do prazo ali previsto para recondução do montante da dívida consolidada para o teto previsto na Resolução nº 40/2001 do Senado Federal, nos casos recessão econômica.⁵⁵

Entretanto, duas normas posteriores assegurariam novo *calote* dos precatórios. Em setembro de 2000, foi aprovada a Emenda à Constituição Federal nº 33/2000, adicionando o artigo 78 ao ADCT, permitindo aos entes federativos o pagamento dos precatórios decorrentes de ações ajuizadas até 31/12/1999 em até dez anos. Como não fosse suficiente, o Senado Federal, por proposta do Presidente da República, a teor do que dispõe o artigo 55, VI, da Constituição Federal, e do artigo 32 da LRF, editou a

⁵³ Eis o que dispõe seu art. 1º, §1º: “§ 1º - A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e **a obediência a limites e condições** no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.”

⁵⁴ Dispõe o art. 30, §7º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que “os precatórios judiciais não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos integram a dívida consolidada, para fins de aplicação dos limites.” E em seu art. 31: “Se a dívida consolidada de um ente da Federação ultrapassar o respectivo limite ao final de um quadrimestre, deverá ser a ele reconduzida até o término dos três subseqüentes, reduzindo o excedente em pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) no primeiro.”

§ 1º Enquanto perdurar o excesso, o ente que nele houver incorrido:

I - estará proibido de realizar operação de crédito interna ou externa, inclusive por antecipação de receita, ressalvado o refinanciamento do principal atualizado da dívida mobiliária;

.....
⁵⁵ Segundo o artigo 66 da LRF: “Os prazos estabelecidos nos arts. 23, 31 e 70 serão duplicados no caso de crescimento real baixo ou negativo do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, regional ou estadual por período igual ou superior a quatro trimestres.”

Resolução nº 40/2001, adotando como integrante da dívida consolidada apenas os precatórios emitidos posteriormente à vigência da LRF.

4.3. O artigo 78 do ADCT introduzido pela EC nº 30/2000

No ano de 1996 foi apresentada a PEC nº 407/1996, prevendo em seu artigo 2º novo “calote”, com o acréscimo de artigo ao ADCT da Constituição Federal, prevendo novo parcelamento dos precatórios em até 4 (quatro) anos. A justificativa apresentada foi a necessidade de se preservar as finanças públicas dos entes federativos, muitas das quais na iminência de sofrer uma intervenção federal ou estadual. Tal motivo se mostrou tão convincente, que a redação final da PEC estendeu o prazo do parcelamento em até 10 (dez) anos. Eis o teor da PEC, convertida na Emenda nº 30, de 13 de setembro de 2000, à Constituição Federal de 1988:

Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

§ 1º É permitida a decomposição de parcelas, a critério do credor.

§ 2º As prestações anuais a que se refere o caput deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, **poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora.**

§ 3º O prazo referido no caput deste artigo fica reduzido para dois anos, nos casos de precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse.

§ 4º O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou

determinar o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação.

Não obstante tenha introduzido algumas garantias, como o poder liberatório do pagamento de tributos, o prazo reduzido em dois anos para precatórios originários de desapropriações de imóveis residenciais e a possibilidade de sequestro de recursos financeiros da entidade, a EC nº 30/2000 patrocinou novo calote do pagamento dos precatórios.

Além de um descumprimento das ordens de pagamento emitidas entre 5.10.1988 e 31.12.1999, referentes a dívidas judiciais não alimentícias, a EC nº 30/2000 não resolveu o problema da falta de pagamento dos créditos alimentícios, já que esses foram novamente excluídos, conforme *caput* do art. 78 (em destaque acima). Contra a EC nº 30/2000, foram propostas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade⁵⁶, cujos pedidos cautelares foram julgados procedentes, reconhecendo a inconstitucionalidade do calote ali previsto. Ao contrário do art. 33 do ADCT, que trouxe disposições semelhantes, o art. 78 pode ser declarado inconstitucional, já que não consistia em norma posta pelo poder constituinte originário, mas pelo poder constituinte derivado.

Assim, os créditos alimentícios constituídos entre 5.10.1988 e 31.12.1999 somaram-se aos créditos alimentícios constituídos antes de 5.10.1988, no estoque do endividamento judicial, pelo menos até 19.5.2011, data em que o acórdão que deferiu a medida cautelar pedida nas ADI's 2359 e 2362 foi publicado.

4.4. As Resoluções 40/2001, 43/2001 e 48/2007 do Senado Federal

Nos termos do art. 30 da LRF e do art. 52, inciso VI, da Constituição Federal, o Senado Federal, por proposta do Presidente da República, deveria fixar limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Tais limites foram fixados inicialmente pela Resolução do Senado Federal – RSF nº 40/2001, sendo repetidos nas Resoluções posteriores de nº 43/2001 e 48/2007:

⁵⁶ Cf. ADIns nº 2356 e 2362.

Art. 2º Considera-se, para os fins desta Resolução, as seguintes definições:

(...)

III - **dívida pública consolidada**: montante total, apurado sem duplicidade, 1) das obrigações financeiras, inclusive as decorrentes de emissão de títulos, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito para amortização em prazo superior a 12 (doze) meses, **2) dos precatórios judiciais emitidos a partir de 5 de maio de 2000** e não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos, e das operações de crédito, que, embora de prazo inferior a 12 (doze) meses, tenham constado como receitas no orçamento;

(...)

As citadas resoluções avançaram ao incluir os precatórios judiciais no valor da dívida pública consolidada, pois, com isso, o estoque dessas dívidas não poderiam mais se eternizar, a despeito de representarem menos de vinte por cento do total da dívida consolidada.

No entanto, tais resoluções incorreram em inquestionável crueldade com os credores das dívidas judiciais alimentícias constituídas anteriormente a 4.5.2000. Isso porque, ao prever que apenas integram a dívida líquida consolidada os precatórios emitidos a partir de 5.5.2000, credores das décadas de 90, 80 e, em alguns casos, até de 70, mais uma vez amargariam o descaso dos poderes constituídos em ter respeitado seu direito judicialmente reconhecido ao recebimento de valores decorrentes de salários, pensões, benefícios previdenciários, indenizações por morte ou invalidez, entre outros.

Sem qualquer previsão expressa de sequestro de verbas públicas ou outras sanções no caso de seu não pagamento, tais dívidas ficaram mais uma vez esquecidas para alguns entes federativos.

O recorte feito pelas indigitadas resoluções é inquestionavelmente inconstitucional.

Para Fernando Scaff e Cesar Andrade, tais resoluções inovariam no sistema jurídico, ao incluir na definição de dívida consolidada distinção que não foi estabelecida na Lei de Responsabilidade Fiscal ou na Constituição Federal.⁵⁷

⁵⁷ SCAFF, Fernando F.; ANDRADE, Cesar A. S. A dívida pública com precatórios após 10 anos da LRF ou como a Resolução 40/2001 do Senado caloteou a República. In SCAFF: CONTI (coords.). *Lei de Responsabilidade Fiscal. 10 anos de vigência – questões atuais*. Florianópolis: Conceito, 2010, pp. 62-3.

Ambos apontam basicamente quatro motivos para lastrear sua posição: a) segundo o artigo 163, II, da Constituição Federal, apenas lei complementar poderá dispor sobre dívida pública externa e interna; b) a interpretação do artigo 52, VI a IX, combinado com o artigo 163, II, com o artigo 24, I e §§1º a 4º, e com o artigo 163, I, leva à conclusão de que apenas lei complementar poderá dispor sobre o conceito de dívida consolidada, cabendo à Resolução apenas estabelecer limites e condições para a dívida; c) extrapolação do limite regulamentar da Resolução do Senado Federal; d) ofensa à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal).⁵⁸

Refutam, ainda, a ideia de que tal distinção se deve à preservação do ato jurídico perfeito, que reclamaria da nova norma apenas efeitos presentes e futuros, pois, assim fosse, a distinção não poderia se restringir à dívida com precatórios, mas abranger toda e qualquer dívida, salvo quanto aos seus aspectos estritamente formais, como seria o caso de anular operações passadas que não obedeceram aos requisitos formais trazidos pela nova legislação.

A par dessa causa jurídico-formal, apontam finalmente os autores que o atacado conceito de dívida líquida consolidada foi um “jeitinho” encontrado para resolver o problema gerado pelo artigo 30, §7º, da LRF, que inviabilizaria o endividamento formal ou informal (gerado pela não pagamento dos precatórios) das Prefeituras, bem no momento da posse dos novos Prefeitos no ano de 2001.⁵⁹

De fato, o conceito de dívida líquida consolidada trazido pelas apontadas resoluções padecem de vício insanável de inconstitucionalidade. Entretanto, a nosso ver, as razões de sua invalidade são outras.

Em primeiro lugar, não haveria que se falar em existência de vício formal ou ofensa à coisa julgada por parte de tais resoluções. Isso porque não foi a norma infralegal que determinou o calote; ela apenas o possibilitou. Apenas no caso concreto, havendo a preterição da ordem de preferência, é que se pode alegar ofensa à Constituição, mas não em virtude do disposto no artigo 1º, §1º, III, da RSF 40/2001, e das normas correlatas nas resoluções posteriores.

⁵⁸ Ibid., pp. 63-4; 68-9.

⁵⁹ SCAFF, Fernando F.; ANDRADE, Cesar A. S. A dívida pública com precatórios após 10 anos da LRF ou como a Resolução 40/2001 do Senado caloteou a República. In SCAFF: CONTI (coords.). *Lei de Responsabilidade Fiscal. 10 anos de vigência – questões atuais*. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 64.

As referidas normas infralegais, em nenhum momento, determinam a preterição daquela ordem; quem o fez foram os administradores das entidades devedoras.

O ordenamento jurídico fornece meios para se evitar essa discrepância. Se tais meios não são corretamente utilizados ou interpretados, o problema não está nos instrumentos, mas em quem detém a responsabilidade constitucional de aplicá-los, no caso os Tribunais de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Para cada ato de preterição no pagamento de precatórios alimentícios, é cabível mandado de segurança, ou, a depender de sua extensão e recorrência, a intervenção federal ou estadual, nos termos do art. 34, incisos V e VI e art. 35, incisos I e IV, ou a responsabilização política e até criminal dos prefeitos e governadores.

Essa omissão do Poder Judiciário será tratada adiante.

4.5. A Emenda Constitucional nº 62/2009

Em 9 de dezembro de 2009, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 62/2009, trazendo modificações no regime de pagamento de precatórios, prometendo resolver alguns dos impasses aqui tratados, bem como outras controvérsias envolvendo o pagamento dos precatórios, especialmente o problema dos débitos alimentícios, sobretudo os constituídos anteriormente a 5.5.2000. Na prática trouxe novo “calote”, pior que os dois primeiros, mas agora velado pela engenharia jurídico-financeira.

Com efeito, a nova sistemática é um pouco complexa. O novo artigo 100 do texto permanente da Constituição Federal é norma de eficácia imediata⁶⁰ apenas para a União e para os entes subnacionais que não estejam em mora na quitação dos

⁶⁰ A doutrina apresenta diversas classificações acerca da eficácia das normas constitucionais. Nessas classificações, tal eficácia é relacionada à legislação infraconstitucional. No caso dos precatórios, a eficácia das normas constitucionais encontra-se condicionada pelas próprias normas constitucionais, o que exige uma adequação daquela tipologia tradicional. Nesse passo, sem a pretensão de inovar na doutrina já existente, classificar-se-á as normas pertinentes ao tema, quanto à sua eficácia temporal, em: a) **normas de eficácia imediata** (aquelas que tem aplicabilidade imediata, independentemente de comportarem regulamentação); b) **normas de eficácia suspensa constitucionalmente** (aquelas que vigorarão após o implemento de condição constitucionalmente prevista); e c) **normas de eficácia temporária** (aquelas que vigorarão enquanto existir faticamente os elementos nelas normatizados). Sobre o tema cf. entre outros: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 86; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 7; e BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 117 e ss.

precatórios, segundo o art. 97 do ADCT. Para os demais entes federativos são dotadas de eficácia imediata (regulamentáveis ou não) apenas o disposto nos §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14 da Constituição Federal. É o que dispõe o *caput* do art. 97 do ADCT, introduzido pela mesma emenda:

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.

A princípio, esqueceu-se o constituinte de mencionar o *caput* do artigo 100 da Constituição Federal, cuja eficácia, por seu teor, deve ser imediata para todos os entes federativos. O mesmo se aplica à primeira parte do §1º.

Ainda analisando o disposto no §15, a primeira conclusão seria a de que a lei complementar a que se refere, estabeleceria regime especial apenas para dispor sobre vinculações à receita corrente líquida, forma e prazo de liquidação dos precatórios.

Entretanto, analisando as exceções feitas no final do artigo 97 do ADCT e o conteúdo das normas previstas no mesmo artigo, vê-se claramente que o alcance da lei complementar a que se refere o citado §15 é muito mais amplo, podendo exaurir a matéria, respeitando apenas as normas previstas nos §§2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14 do artigo 100 da parte permanente da Constituição Federal.

Na parte permanente, os destaques são: a) a criação de mais uma ordem de preferência no pagamento dos precatórios para os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei (§2º), que preferem a todos os outros; b) atualização monetária pela caderneta de poupança e incidência de juros simples, **excluídos os juros compensatórios** (§12); c) compensação automática entre credor e entidade devedora (§9º); d) regulamentação da cessão de créditos (§§13 e

14); e) responsabilização penal e administrativa do Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios (§7º).

É, contudo, na parte provisória que se encontram as normas que terão impacto direto na redução (ou não) do endividamento dos entes com precatórios. Nesse sentido, o art. 97 do ADCT não comete o mesmo erro dos arts. 33 e 78, pois não faz distinção entre créditos alimentícios e não-alimentícios (§15). Com isso, eventuais credores alimentícios das décadas de 70, 80 e 90, ou seus sucessores (o que é bastante provável), só precisarão aguardar, na melhor das hipóteses, “apenas” mais quinze anos para receber seus alimentos.

A “solução” encontrada pelo constituinte derivado para resolver o endividamento judicial foi a vinculação de receita.⁶¹

Segundo o disposto no art. 97, §1º, do ADCT, até que lei complementar federal discipline a matéria, os entes subnacionais endividados poderão optar por duas formas de vinculação: a) depósito mensal de percentual que variará entre 1%, 1,5% e 2% da receita corrente líquida, nos termos do art. 97, §2º; b) depósito mensal necessário para o pagamento do total atualizado em até quinze anos, nos termos do art. 97, §1º, inciso II.

A conta é simples. Basta dividir o valor total da dívida com precatórios pendentes pelo valor da respectiva receita corrente líquida do Estado, Município ou Distrito Federal e depois dividir por quinze (quinze anos). Se o resultado for inferior às alíquotas previstas no art. 97, §2º, do ADCT (1%, 1,5% ou 2%, dependendo do ente federativo), a opção deverá ser a segunda (depósito mensal do valor necessário para o pagamento em quinze anos). Será o caso dos entes pouco endividados. Mas se o resultado for superior às mesmas alíquotas, a opção deverá ser a primeira (depósito mensal de 1%, 1,5% ou 2% da receita corrente líquida). É a opção que deverá ser feita

⁶¹ Fernando Boarato Meneguín e Maurício Soares Bugarin bem descrevem o contexto em que foi encaminhada a PEC nº 12/2006, transformada na EC nº 62/2009: “Objetivando solucionar o dilema, tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição nº 12, de 2006, sugerida pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, alegando não poder punir os governantes inadimplentes e reconhecendo a necessidade de garantir o direito dos credores. A proposição procura dar solução ao problema, criando um sistema através do qual, por um lado, os devedores comprometam uma parcela fixa e limitada de suas receitas com o pagamento de precatórios e, por outro, os credores recebam seus recursos mais prontamente, porém sujeitos a um deságio no valor do crédito. A operacionalização da idéia acontece por meio de leilões, nos quais credores que aceitarem os maiores descontos terão preferência no pagamento.” MENEGUÍN, Fernando Boarato e BUGARIN, Maurício Soares. *Leilões de Vickrey Generalizados: um mecanismo para a resolução do impasse dos precatórios*. Brasília: ESAF, 2008, p. 3.

pelos entes mais endividados, entre os quais a Prefeitura de São Paulo e o Estado de São Paulo.

A propósito, analisando-se o Relatório de Gestão Fiscal - RGF do primeiro quadrimestre de 2010 do Estado de São Paulo e do segundo quadrimestre de 2009 do Município de São Paulo e efetuando-se as contas, pode-se concluir o seguinte.

O Estado de São Paulo apresenta um estoque de precatórios correspondente a 22,16% da receita corrente líquida - RCL. Dividindo-se esse percentual por 15 (correspondente a 15 anos), obtém-se o percentual de 1,47%. À primeira vista, em razão desse percentual estar abaixo de 1,5%, para o Estado de São Paulo teria sido mais vantajoso optar pelo parcelamento em quinze anos. Por essa opção, estima-se o pagamento em pouco menos de 15 anos.⁶² Entretanto, pelo Decreto 55.300/2009, o Governo paulista optou pelo depósito mensal de 1/12 (um doze avos) de 1,5% da RCL. Isso se deve ao fato de que àquele valor da dívida deve-se incluir os novos valores que serão incluídos no orçamento ano a ano, os quais também serão objeto do regime especial de que trata o art. 97 do ADCT. Assim, estima-se um aumento do valor da dívida com precatórios que elevaria o percentual de 1,47% para um valor acima de 1,5%.

Aí vai um dado alarmante. Considerando que, conforme comparação entre os Relatórios de Gestão Fiscal entre 2008 e 2010 as dívidas com precatórios judiciais têm aumentado em torno de 2% da receita corrente líquida do Estado de São Paulo ao ano, não há como se projetar uma data para quitação. Pior, a depender do êxito dos instrumentos previstos na nova sistemática, entre os quais os leilões com deságio e o acordo com os credores, não está garantida nem diminuição do endividamento. De qualquer modo, está consolidado mais uma vez o “calote”.⁶³

Situação mais grave ocorre com o Município de São Paulo. Segundo seu RGF do segundo quadrimestre de 2009, sua dívida com precatórios atinge o alarmante percentual de 47,70% da RCL. Se optasse pelo pagamento em quinze anos, o Município

⁶² Trata-se de mera projeção obtida com a divisão do valor percentual da dívida em abril de 2010 (22,16% da RCL) pelo valor de 1,5% da RCL. Não estão incluídas, nem há domínio sobre esses dados, projeções inflacionárias, arrecadatórias, econômicas, etc.

⁶³ Para Fernando Scaff, o regime especial instituído pelo art. 97 do ADCT, com a suspensão da parte permanente da constituição por 15 anos seria uma excrescência, uma inversão de valores constitucionais, além de má técnica normativa ao inverter o sentido de disposição transitória. SCAFF, Fernando Facury. O Uso de Precatórios para Pagamento de Tributos após a EC 62. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 175, abr. 2010, p. 96.

de São Paulo teria que depositar anualmente o equivalente a 3,18 % de sua RCL. Não por outra razão, optou através do Decreto nº 51.505/2009, pelo depósito mensal de 1/12 (um doze avos) de 1,5% da RCL.

Ao menos dessa vez, o parcelamento indefinido inclui os precatórios emitidos anteriormente a 5.5.2000, haja vista que, como já foi dito, o art. 97 do ADCT não mais os exclui (art. 97, §15).

Nesse sentido, a despeito de ainda vigorar a definição de limites da dívida líquida consolidada prevista nas Resoluções 40/2001, 43/2001 e 48/2007 do Senado Federal, excluindo os precatórios anteriores a 05.05.2000, seus efeitos são amenizados pelo fato de que agora esses precatórios deverão ser quitados antes dos precatórios emitidos posteriormente a essa data, fazendo com que estes últimos se cumulem e comprometam os limites de endividamento.

Além disso, para se evitar que a dívida acabe aumentando, ao invés de diminuir, trouxe a EC nº 62/2009 a possibilidade de se utilizar os recursos depositados nas referidas contas especiais a que alude o art. 97, §1º, do ADCT, de duas formas: a) metade dos recursos será utilizada 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 (art. 97, §6º); b) a outra metade poderá ser utilizada para, à escolha do ente federativo, isoladamente ou simultaneamente, pagamento dos precatórios por meio de leilões, pagamento à vista, ou ainda para pagamento com acordo direto com os credores (art. 97, §8º).⁶⁴

Disposições absurdas como essas, somadas ao incentivo à cessão dos créditos representam a institucionalização da mercantilização dos precatórios. Muitos credores, que não viam qualquer perspectiva de recebimento dos precatórios em prazo razoável – muitas vezes até em vida – passaram a “vender” seus precatórios por valores baixíssimos, entre dez e vinte por cento de seu valor nominal, geralmente para empresas e advogados, que os utilizavam como investimento ou, o que se tornou mais corrente,

⁶⁴ O Estado de São Paulo, pelos Decretos n. 55.300/2009 (art. 2º) e 57.658/2011 (art. 1º), destinou 47% dos valores destinados ao pagamento de precatórios à modalidade de leilão. Na prática, porém, o leilão se resume à oferta aos interessados de um pagamento de metade da dívida. Embora pareça, a princípio, um grave prejuízo ao credor, a prática anterior demonstrava que muitos credores comercializam seus precatórios a preços muito inferiores a cinquenta por cento com empresas que os compravam para realização de compensações tributárias.

compensação tributária, a despeito de todas as controvérsias existentes até a promulgação da EC nº 62/2009.⁶⁵

Ao invés de acabar com esse problema, a EC nº 62/2009 permitiu às entidades devedoras que ingressassem nesse mercado. Se as leis da economia prevalecerem, com os leilões e as “conciliações”, os entes federativos poderão nele ingressar, aumentando a concorrência e, como se espera num mercado competitivo, o aumento da demanda deve provocar o aumento do preço do produto – no caso os precatórios. Só se espera, ao menos, que o aumento da oferta também não ocorra, pressionando a queda de seu valor.

Quanto às outras alterações promovidas pela EC nº 62/2009, como as dívidas de pequeno valor, a compensação automática prevista no art. 100, §9º da CF, e as compensações voluntárias previstas no novo regime e nos regimes constitucionais anteriores convalidadas pela mesma emenda, deverão ser objeto de estudo próprio. Convém frisar, finalmente, que contra a EC n. 62/2009 foram ajuizadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que se encontram em julgamento.⁶⁶

5. A responsabilidade pelo não pagamento dos precatórios e a omissão do Poder Judiciário

Acredita-se ter ficado inequivocamente demonstrado que o não pagamento dos precatórios alimentares expedidos anteriormente a 31.12.1999, bem como os sucessivos parcelamentos trazidos pelas Emendas Constitucionais nº 30/2000 e nº 62/2009 seriam

⁶⁵ Tais controvérsias foram eliminadas com o art. 6º da EC nº 62/2009: Art. 6º Ficam também convalidadas todas as compensações de precatórios com tributos vencidos até 31 de outubro de 2009 da entidade devedora, efetuadas na forma do disposto no § 2º do art. 78 do ADCT, realizadas antes da promulgação desta Emenda Constitucional.

⁶⁶ Cf. ADIs 4357/DF, 4372/DF, 4400/DF e 4425/DF. O julgamento se encontra suspenso com vista dos autos pelo Ministro Luiz Fux. O relator, porém, Ministro Ayres Britto, julgou parcialmente procedente as ações, para o fim de declarar a inconstitucionalidade: a) da expressão “na data de expedição do precatório”, contida no § 2º do art. 100 da CF; b) dos §§ 9º e 10 do art. 100 da CF; c) da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, constante do § 12 do art. 100 da CF, do inciso II do § 1º e do § 16, ambos do art. 97 do ADCT; d) do fraseado “independentemente de sua natureza”, inserido no § 12 do art. 100 da CF, para que aos precatórios de natureza tributária se apliquem os mesmos juros de mora incidentes sobre o crédito tributário; e) por arrastamento (itens “c” e “d” acima), do art. 5º da Lei 11.960/2009; f) do § 15 do art. 100 da CF e de todo o art. 97 do ADCT (especificamente o caput e os §§ 1º, 2º, 4º, 6º, 8º, 9º, 14 e 15, sendo os demais por arrastamento ou reverberação normativa). Cf. Informativo n. 643, do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo643.htm#Precatório: regime especial e EC 62/2009 - 2>. Acesso em: 4 jun. 2012.

inconstitucionais, por violação direta e indireta a garantias fundamentais previstas nos artigos 5º, 6º, 7º e 100 da Constituição Federal.

Previsão legal de sanções existem; o problema é que elas não são cumpridas. A Constituição Federal de 1988, desde sua redação original, determina a inclusão no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.⁶⁷

A Lei Federal nº 1.079/1950 prevê em seu art. 10, itens 2 e 4, que serão caracterizados como crimes de responsabilidade dos governadores e secretários dos Estados, respectivamente, *exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento ou infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária*.⁶⁸

A mesma regra é prevista nos artigos 1º e 4º do Decreto-lei nº 201/1967, que trata dos crimes de responsabilidade dos prefeitos e vereadores.⁶⁹

Além desses crimes previstos em legislação federal, os entes federativos prevêem outras formas de responsabilização em suas Constituições e Leis Orgânicas.⁷⁰

⁶⁷ Art. 100 da Constituição Federal.

⁶⁸ Tais dispositivos são aplicados aos governadores por força do disposto no artigo 74 da mesma lei: Art. 74. *Constituem crimes de responsabilidade dos governadores dos Estados ou dos seus Secretários, quando por eles praticados, os atos definidos como crimes nesta lei.*

⁶⁹ Dispõe o art. 1º do Decreto-lei nº 201/1967: Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

.....
III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;

IV - empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam;

V - ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes;

XIV - Negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente; (...)

Dispõe o art. 4º do mesmo Decreto-lei: Art. 4º. São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato:

.....
VI - Descumprir o orçamento aprovado para o exercício financeiro; (...)

⁷⁰ Dispõe, e.g., o artigo 48 da Constituição do Estado de São Paulo: Artigo 48 - São crimes de responsabilidade do Governador ou dos seus Secretários, quando por eles praticados, os atos como tais definidos na lei federal especial, que atentem contra a Constituição Federal ou a do Estado, especialmente contra:

.....
VI - a lei orçamentária;

VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.
.....

A não inclusão dos precatórios judiciais na lei orçamentária, bem como seu não cumprimento, também dariam ensejo a configuração de ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429/1992.⁷¹

Também é cabível a intervenção federal nos Estados que não paguem os precatórios, nos termos do art. 34, inciso V, alínea “a” e inciso VI⁷², e a intervenção estadual nos Municípios inadimplentes, nos termos do art. 35, incisos I e IV, da CF.⁷³

No entanto, a despeito de todas essas previsões normativas, o Poder Judiciário tem entendido que só cabe intervenção quando houver dolo do ente devedor.⁷⁴

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio defendeu a intervenção, rebatendo o argumento da necessidade de dolo ou culpa para sua requisição:

Da mesma forma, descabe agasalhar o elemento subjetivo, ou seja, a óptica segundo a qual não basta o simples descumprimento de decisão judicial para ter-se como aberta a via da intervenção, sendo necessário demonstrar a culpa ou o dolo na ausência de liquidação do precatório. Essa condição é estranha à ordem jurídica, mesmo porque não é crível que, havendo numerário para o pagamento, deixe a pessoa jurídica de direito público de implementá-lo. Prevalece o critério objetivo, o não cumprimento da ordem judicial, a inobservância do título executivo judicial, pouco importando saber a causa.

⁷¹ Diz o citado dispositivo: Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; (.....)

⁷² Dispõe o art. 34 da CF: Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

.....
V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;

.....
VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;

⁷³ Dispõe o art. 35 da CF: Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

I - deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;

.....
IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

⁷⁴ A possibilidade de intervenção federal nos Estados foi enterrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação interventiva 1207-4/SP, Pleno, julg. 19.03.2003, DJ 30.05.2003, Ementário nº 2112-1. Relator originário Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes.

Entendimento diverso implica, diante de definições políticas de gastos, ofensa ao primado do Judiciário, à certeza da valia dos julgamentos. O Estado vê-se sempre diante de dificuldades de caixa, sendo presumível, assim, a contumácia no descumprimento das obrigações pecuniárias estampadas em sentença.

Já o Ministro Gilmar Mendes entendeu que, por aplicação do princípio da proporcionalidade, devia o pedido ser julgado improcedente. Primeiro porque as circunstâncias fáticas demonstraram-lhe que o Estado de São Paulo, que havia destinado setecentos milhões para o pagamento de precatórios não alimentares e mais quatrocentos milhões para o pagamento de precatórios alimentares, estava tomando as providências para pagar os precatórios. Segundo, porque aplicando-se as máximas parciais da proporcionalidade, tal qual demonstra Robert Alexy⁷⁵, a medida interventiva talvez não passe nem pelo primeiro critério, qual seja, a **adequação**. Pondera o Ministro que um interventor estará sujeito às mesmas limitações factuais e normativas que o Governador do Estado, não podendo ignorar as obrigações constitucionais do Estado, como a vinculação de gastos com saúde e educação, despesas com pessoal e o serviço da dívida. Também não seria **necessária** a intervenção, já que a manutenção do Governador eleito democraticamente seria medida menos gravosa que a primeira. Por fim, quanto ao critério da proporcionalidade em sentido estrito, o que se ganha com a intervenção, em seu aspecto substancial, material, que seria o pagamento dos precatórios alimentares numa perspectiva individual, não compensa a perda no sentido coletivo, que seria o descumprimento de outras obrigações de interesse público, como a saúde, a educação e os demais serviços públicos. Finalmente, analisando o possível choque de princípios constitucionais, aplicou a tese da precedência condicionada, mediante a qual, diante das peculiaridades do caso, deve-se estabelecer em que condições um princípio prevalece sobre o outro. No caso, eis os princípios em colisão: a) de um lado, a proteção constitucional às decisões judiciais e, de modo indireto, o direito de precedência dos créditos de natureza alimentícia; b) de outro, a autonomia estadual e, de modo indireto, a continuidade da prestação de serviços públicos como saúde e educação. Nessa condição, para o ministro, prevalece a autonomia estadual.

⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, PP. 112-15.

Residualmente, por decorrência da aplicação desses critérios, a reserva do possível é invocada como fator que impossibilita o atendimento ao pedido de intervenção.

Não procedem tais argumentos. Em primeiro lugar, porque o nobre Ministro parte de duas premissas equivocadas: a de que a medida interventiva dar-se-ia necessariamente com a nomeação de um interventor e a de que o Governador estaria vinculado a obrigações constitucionais, as quais não poderiam ser objeto de preterição.

Já se demonstrou aqui que o alto estoque de precatórios não possui causa recente⁷⁶ e também não se trata de um problema generalizado, havendo Estados como o Pará que conseguiram quitar totalmente sua dívida decorrente de precatórios, tanto a referente a precatórios emitidos anteriormente a 5.5.2000, como a referente a precatórios emitidos posteriormente a esta data.⁷⁷

Tais exemplos positivos demonstram que a benevolência ou complacência com as más administrações estaduais e municipais operada pela RSF 40/2001 e pelas Emendas Constitucionais nº 30/2000 e 62/2009 não era absolutamente necessária.

Ademais, segundo informado em seu voto, no julgamento da IF 1.207-4, há contra o Estado de São Paulo, naquela corte, cerca de 2.800 pedidos de intervenção, o que por si só já apontaria a necessidade de aplicação dessa medida excepcional.

O caso específico do acórdão foi realmente embasado com demonstrações financeiras do Estado de São Paulo, no sentido de que o orçamento estaria totalmente comprometido.

No entanto, foram tímidos os julgadores ao não adentrarem as despesas correntes correspondentes a 9%, que podem estar comprometidas com gastos relativamente preteríveis e que não constituem obrigação constitucional. Isso porque, segundo sua fundamentação, há um óbice de índole constitucional para indeferir a

⁷⁶ Segundo pesquisa realizada no sítio da Secretaria do Tesouro Nacional pelos autores, doze Estados mais o Distrito Federal devem precatórios vencidos e não pagos emitidos antes de 5.5.2000. O caso mais gritante é do Estado do Mato Grosso. Segundo seu Relatório de Gestão Fiscal do 2º quadrimestre de 2009, ele deve pouco mais de um bilhão de reais a título de precatórios emitidos anteriormente a 5.5.2000 e menos de trezentos mil reais em decorrência de precatórios emitidos posteriormente àquela data. O mesmo se verifica com o Município de Salvador, na Bahia, com uma dívida na casa dos cento e vinte e seis milhões de reais relativa a precatórios emitidos anteriormente a 5.5.2000 e menos de trinta mil reais referente a precatórios emitidos posteriormente a 5.5.2000. Site da Secretaria do Tesouro Nacional. Disponível em: <http://www.contaspublicas.caixa.gov.br/sistncon_internet/consultaDeclaracoes.do?acao=imprimir&numeroDeclaracao=173812>. Acesso em: 20 maio 2011.

⁷⁷ Site da Secretaria do Tesouro Nacional. Disponível em: <http://www.contaspublicas.caixa.gov.br/sistncon_internet/consultaDeclaracoes.do?acao=imprimir&numeroDeclaracao=173812>. Acesso em: 20 maio 2011.

intervenção, que é consubstanciada em receitas vinculadas; logo, por também serem exigências constitucionais, não deveriam os precatórios alimentares gozarem de preferência sobre os demais gastos orçamentários? E porque são justamente os gastos orçamentários com precatórios alimentares, geralmente de pequeno valor, que são escolhidos para não cumprimento, se eles representam menos de 2% das receitas correntes líquidas e o serviço da dívida 12%?

Poderia o STF ter determinado a intervenção, limitada ao sequestro das verbas necessárias ao pagamento dos precatórios alimentares preteridos, nos termos do artigo 34, VI, da CF, por descumprimento a ordem judicial.⁷⁸

A justificativa pode ser dada extraindo-se do texto constitucional quais os valores que devem prevalecer e, conseqüentemente, que dívidas devem ser pagas com preferência, no caso de insuficiência de recursos. Isso pode ser facilmente inferido, buscando-se as vinculações constitucionais.

Por serem exceções ao art. 167, inciso IV, da Constituição Federal, as vinculações demonstram que direitos foram escolhidos pelo constituinte como preferenciais: 1) educação (art. 212 da CF; art. 60, §1º e art. 71 do ADCT); 2) saúde (art. 198, §§2º e 3º da CF e art. 71 do ADCT); 3) habitação (art. 79 do ADCT); 4) precatórios (art. 100 da CF e arts. 33, 78 e 97 do ADCT).

Além desses artigos, devem-se considerar os direitos esteados nos artigos 5º a 7º da Constituição Federal como preferenciais em relação a credores contratuais ou quirografários (que respondem por mais da metade do endividamento).⁷⁹

O problema, como se vê, não é a falta de ativismo, mas de efetiva atuação judicial. Além da intervenção federal, o não pagamento dos precatórios, conforme acima apontado, sujeitaria a autoridade competente a sanções administrativas, políticas e até penais.⁸⁰

⁷⁸ Cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 570-2.

⁷⁹ Idem, p. 265-6.

⁸⁰ Fernando Scaff chega a sugerir a aplicação da pena de inelegibilidade ao chefe do Poder Executivo e os membros do Poder Legislativo que concorressem para tais desvios em duas hipóteses: a) não inclusão do valor necessário dos precatórios expedidos a cada ano no orçamento; b) não repasse do valor consignado ao Tribunal correspondente. SCAFF, Fernando Facury. O Uso de Precatórios para Pagamento de Tributos após a EC 62. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 175, abr. 2010, p. 96.

Mas já há uma sinalização positiva: em despacho proferido em março de 2010, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, determinou ao Estado de São Paulo que apresentasse, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da data de sua ciência, plano detalhado com cronograma para cumprimento das referidas obrigações, em data razoável, considerando, para tanto, a ordem cronológica de precatórios.

Também no saneamento preliminar da ADIn 4357, determinou o Relator Ministro Carlos Ayres Britto fosse oficiado aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e aos Tribunais Regionais do Trabalho, para informarem:

a) os valores pagos em precatórios (alimentares e não-alimentares) e requisições de pequeno valor (RPV) pelos Estados-membros e respectivas capitais, nos últimos dez anos (ano a ano); b) o montante da dívida pendente de pagamento (vencida e vincenda), inscrita em precatórios (alimentares e não-alimentares) e requisições de pequeno valor, dos entes federativos citados no item “a”.

Determinou, igualmente, fosse oficiado às Secretarias de Fazenda dos Estados e do Distrito Federal, bem como às Secretarias Municipais de Fazenda das capitais, para que informassem os valores das respectivas receitas correntes líquidas, nos últimos dez anos (ano a ano), considerando o disposto no § 3º do art. 97 do ADCT.

6. Conclusões

Fortemente endividado a partir de 1980, devido ao seu processo histórico de desenvolvimento e de industrialização, o déficit financeiro subnacional brasileiro se viu agravado pela nova descentralização formal criada com a Constituição de 1988 e o grande número de entes federativos, especialmente os Municípios, dotados de competências para execução de políticas públicas.

Em 1988, o Brasil era, sob a perspectiva constitucional, um novo Estado, mas as dívidas dos entes federativos continuavam antigas, sobretudo as dívidas internas com a União. Correspondendo a um percentual geralmente inferior a dez por cento do total do

envidivamento, as dívidas judiciais tiveram seu pagamento prorrogado pelo legislador constituinte em oito anos.

O uso indevido de faculdades legais, como a emissão de títulos públicos para o pagamento de precatórios não computáveis para os limites de endividamento, e a interpretação distorcida do texto constitucional permitiram que os valores necessários para o pagamento de tais dívidas, sobretudo as de caráter alimentício, que contavam com regime diferencial, fossem utilizados como caixa pelos governos estaduais e municipais.

O advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, incluindo os precatórios na dívida consolidada, parecia eliminar qualquer possibilidade de novo calote dessas dívidas. No entanto, a EC n. 33/2000, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal cerca de dez anos depois, as Resoluções n. 40/2001, 43/2001 e 48/2007 do Senado Federal, e a EC n. 62/2009, ainda em julgamento pelo mesmo Tribunal, contribuiriam, novamente, para a manutenção do inadimplemento das dívidas judiciais contraídas anteriormente a 31.12.1999.

Se a legislação trouxe brechas aparentes, sua exploração só foi possível mediante a complacência do Poder Judiciário, diante da existência de dispositivos legais que poderiam ser utilizados para a responsabilização dos governadores e prefeitos que deixassem de efetuar o pagamento de débitos alimentícios, nos prazos constitucionalmente fixados, especialmente a atuação do instituto da intervenção federal.

Essencial à noção de Estado Democrático de Direito é a responsabilização dos governantes e a observância das garantias constitucionais.

Não é crível que nesse estágio avançado das instituições do país, a despeito da recentidade de sua democracia, ainda se admita os maus tratos com a coisa pública.

Felizmente, os julgamentos das ações propostas em face das Emendas Constitucionais que promoveram o calote dos precatórios alimentícios sinalizam para o reconhecimento de sua inconstitucionalidade. Assim, em um cenário mais otimista, os débitos alimentícios anteriores a 31.12.1999, que ajudaram a financiar Estados e Municípios à custa do sacrifício pessoal de seus credores, poderão, enfim, ser quitados. Desse modo, espera-se dos governos subnacionais maior comprometimento com os

princípios constitucionais norteadores da atividade administrativa, resumidos no binômio eficiência e moralidade.

7. Referências Bibliográficas.

- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Malheiros, 1998.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Prefácio - Constituição dirigente e vinculação do legislador : contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem, in **Revista de Sociologia Política**. Curitiba, v. 23, 2004, p. 117-120.
- BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1
- FLORENZANO, V. D. A Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000, sob a perspectiva da análise econômica do direito. In: VAZ, O. (Coord.). **Precatórios: problemas e soluções**. Belo Horizonte: Del Rey; Centro Jurídico Brasileiro, 2005.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil**. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Campus, 1999.
- GIAMBIAGI, Fabio; MORA, Mônica. Federalismo e endividamento subnacional: uma discussão sobre a sustentabilidade da dívida estadual. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 27, n. 3, p. 1-16.
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.
- HARADA, Kioshi. Precatório Judicial. **Boletim de Direito Municipal**, ano XXIII, nº 11, p. 809-818, nov. 2007.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis, Coordenador. **Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

- MARTINS, Ives Gandra da Silva. As amarras legais do Brasil. **Gazeta Mercantil**. São Paulo, 7 jan. 2007. Disponível no site do autor: <<<http://www.lawmanager.com.br>>>. Acesso em 01 de junho de 2010.
- MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão Jurídica das Políticas Públicas. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MENEGUIN, Fernando Boarato; BUGARIN, Maurício Soares. **Uma análise econômica para o problema dos precatórios**. Textos para discussão - Consultoria Legislativa do Senado Federal, nº 46, p. 1-28; Brasília. 2008. Disponível em <<<http://www.conamp.org.br>>>. Acesso em 15.05.2010.
- OLIVEIRA, A. F. **Precatórios: aspectos administrativos, constitucionais, financeiros e processuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 2.ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PEREIRA, Cesar A. Guimarães. O Endividamento Público na Lei de Responsabilidade Fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Aspectos Relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 45-104.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCAFF, Fernando F.; ANDRADE, Cesar A. S. “A dívida pública com precatórios após 10 anos da LRF ou como a Resolução 40/2001 do Senado caloteou a República”. In SCAFF, Fernando F.; CONTI, José Mauricio (coords.). **Lei de Responsabilidade Fiscal**. 10 anos de vigência – questões atuais. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 57-76.
- SCAFF, Fernando Facury . O Uso de Precatórios para Pagamento de Tributos após a EC 62. **Revista Dialética de Direito Tributário**, v. 175, p. 88 e ss.
- _____. O Uso de Precatórios para Pagamento de Tributos. In: Valdir de Oliveira Rocha. (Org.). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2009, v. 13, p. 102-117.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. vol. I.
- SILVA, Anderson Caputo; CARVALHO, Lena Oliveira de; MEDEIROS, Otavio Ladeira de. (orgs.). **Dívida Pública: a experiência brasileira**. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional: Banco Mundial, 2009.
- TOLEDO JR, Flávio Córrea. O regime especial dos precatórios à luz da Emenda Constitucional nº 62. **Revista Zênite**: IDAF - Informativo de direito administrativo e responsabilidade fiscal. Curitiba, v. 9, n. 103, fev. 2009 p. 625-30.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. 3. ed. o Orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 65-76. vol. V.
- WHEELER, Graeme. **Sound practice in government debt management**. World Bank, 2004.

Artigo recebido em 31 de agosto de 2012.

Artigo aceito para publicação em 17 de setembro de 2012.