

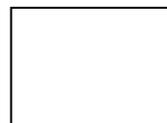


UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
Faculdade de Direito e Relações Internacionais
Curso de Direito - FADIR

Andreas de Almeida Moura

**A Emenda Constitucional 62/2009 e sua Repercussão nos Direitos
Fundamentais dos Credores da Fazenda Pública**

Dourados - MS
2014

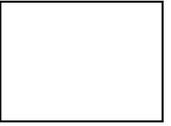


Andreas de Almeida Moura

**A Emenda Constitucional 62/2009 e sua Repercussão nos Direitos
Fundamentais dos Credores da Fazenda Pública**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Banca Examinadora da
Universidade Federal da Grande
Dourados, como pré-requisito para
obtenção do título de Bacharel em
Direito, sob a orientação do Prof. Me.
Paulo César Nunes da Silva.

**Dourados - MS
2014**



Andreas de Almeida Moura

**A Emenda Constitucional 62/2009 e sua Repercussão nos Direitos
Fundamentais dos Credores da Fazenda Pública**

Aprovado em:

Paulo César Nunes da Silva:

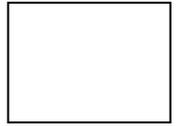
Orientador

Gassen Zaki Gebara:

Membro da banca examinadora

Antônio Zeferino da Silva Júnior:

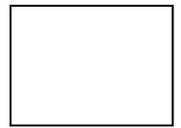
Membro da Banca examinadora



RESUMO

Nesta monografia propõe-se a análise da sistemática da execução dos precatórios judiciais, tema polêmico devido às práticas imorais e ilegais perpetradas pela Administração Pública no Brasil, sobretudo após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4357 pelo Supremo Tribunal Federal, que avaliou a procedência da Emenda Constitucional 62 de 2009 que inaugurou regras no tocante ao cumprimento dos precatórios.

Palavras-Chave: 1- Execução contra a Fazenda Pública; 2- Precatórios; 3- “Emenda do Calote”.



ABSTRACT

In this monograph are proposed the analysis of the systematic implementation of judicial claims, subject controversial due to immoral and illegal practices perpetrated by Public Administration in Brazil, especially after the judgment of Direct Unconstitutionality Action nº. 4357 by the Supreme Court, which evaluated the merits Constitutional Amendment 62 of 2009, which inaugurated rules regarding the fulfillment of the precatory.

Key-words: 1- Execution against State; 2- Precatory; 3- “Amendment of default”



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 - O QUE SÃO E COMO SE PROCESSAM OS PRECATÓRIOS	9
1.1 O Regime Especial de Precatórios, Art. 97, ADCT	12
2 - MEDIDAS COERCITIVAS DE GARANTIA DE PAGAMENTO DOS PRECATÓRIOS	15
2.1 O Sequestro e seu Cabimento	15
2.2 A Intervenção Federal como Medida Assecuratória da Execução dos Precatórios.....	18
3 - SOBRE A INCONTITUCIONALIDADE DA EMENDA	20
3.1 Da Inconstitucionalidade Formal	20
3.2 Da Inconstitucionalidade Material	22
3.2.1 O conceito de moralidade administrativa.....	23
3.2.2 Dos Vícios do Art. 100, CF e art. 97, ADCT	25
CONCLUSÃO	32
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	33
ANEXOS	35

INTRODUÇÃO

Segundo o conceito formulado pelo *Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva*¹:

Precatório é, no direito processual, a carta de sentença remetida pelo juiz da causa ao Presidente do Tribunal para que este requisite ao Poder Público, mediante previsão na lei orçamentária anual, o pagamento de quantia certa para satisfazer obrigação decorrente de condenação das pessoas políticas, suas autarquias e fundações.

Com a Emenda Constitucional 62/2009 e sua nova sistemática de adimplemento dos precatórios, consumaram-se desastrosas alterações na redação do art. 100 da Constituição Federal e acrescentou-se o art. 97 aos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

Conforme se explicitará ao longo deste trabalho, sobretudo, com fundamento nas discussões sobre o tema no bojo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 4357, no Supremo Tribunal Federal e escólios doutrinários, torna-se evidente o acintoso recurso empregado pelo Estado para agredir e violar direitos fundamentais dos cidadãos credores da Fazenda Pública.

Notadamente, como arguido pelas entidades autoras da Ação e em grande parte reconhecido pelo Supremo no julgamento, a Emenda em seu aspecto material ignorou princípios e limites impostos pela Constituição, tais como: o estado Democrático de Direito; a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); a separação dos poderes (art. 2º, CF); o princípio da igualdade, segurança jurídica (art. 5º, caput, CF); da proteção ao direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF); do ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF); e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). Institucionalizando, na prática, o “calote oficial”, em ofensa íntima ao princípio da moralidade (art. 37, caput, CF), bem como ao artigo 60, § 4º, IV, CF:

Art. 60 “...”:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais

Ainda, Interessante por explicitar a imoralidade na gestão pública no tocante

¹ SILVA, DE PLÁCIDO E; **Vocabulário Jurídico**; 28º edição; 2010.

aos precatórios, apresentar o fato de que é constante nas administrações dos entes federados, que, gastos com publicidade se avolumam ano após ano, e a quitação de precatórios é relegada.

Somente para ilustração do alegado, matéria veiculada na internet²:

O Tribunal de Contas do Paraná (TCE/PR) aprovou ontem as contas do governo do estado referentes ao ano passado. Mas o relatório do conselheiro Nestor Baptista, acatado pelo pleno do tribunal, apontou oito ressalvas, oito recomendações e o mesmo número de determinações ao Executivo estadual. Em seu relatório, Baptista mostra que, em 2012, o governador não cumpriu a obrigação constitucional de destinar 12% da arrecadação para a saúde. Ao mesmo tempo, no entanto, as despesas com publicidade institucional aumentaram 668,57% de 2011 para 2012, chegando a R\$ 106,4 milhões. Também foram apontados problemas fiscais, de previdência e com precatórios.

Ainda,

RIO - Depois de aumentar além de 4.400% em um ano os gastos do município do Rio com publicidade -elevando-os de pouco mais de R\$ 640 mil em 2009 para mais de R\$ 29 milhões em 2010 -, o prefeito ameaça abrir uma crise com a Câmara Municipal para aumentá-los para perto de R\$ 60 milhões em 2011. Por decreto de 1º de fevereiro, Paes cancelou R\$ 30.944.999,00 originalmente destinados a emendas de vereadores e transferiu para propaganda R\$ 27 milhões - o remanejamento total atingiu R\$ 57.996.999,00. Com isso, o prefeito quase dobrou a previsão de despesas para o setor este ano, levando-os de pouco mais de R\$ 30 milhões orçados a mais de R\$ 58 milhões - mais de 9.000% em relação ao autorizado em 2009, de aproximadamente R\$ 640 mil³

Ora, tal emenda tentou coroar a recalcitrância do administrador sonegador e ímprobo no que se refere à quitação dos débitos da Administração.

É possível ainda perceber a convivência de outros Poderes: apenas para ilustrar o argumento, consideremos o fato de que há dispositivo constitucional coibitivo da desobediência dos precatórios, o art. 34, V, "a", CF, que determina a intervenção federal caso de Estado ou Distrito Federal suspender o pagamento de dívida fundada por período superior a dois anos, ou descumpra decisão judicial (art. 34, VI, CF), tais mecanismos foram prejudicados pela jurisprudência quando esta entendeu que seria necessário o dolo no inadimplemento:

Pagamento de precatório judicial. Descumprimento voluntário e intencional. Não ocorrência. Inadimplemento devido à insuficiência transitória de

² Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1400065>>

³ Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,prefeito-do-rio-turbina-gastos-em-publicidade,677988,0.htm>>

recursos financeiros. Necessidade de manutenção de serviços públicos essenciais, garantidos por outras normas constitucionais. Precedentes. Não se justifica decreto de intervenção federal por não pagamento de precatório judicial, quando o fato não se deva a omissão voluntária e intencional do ente federado, mas a insuficiência temporária de recursos financeiros (STF, IF nº 5101, RS, Relator Min. Cezar Peluso, Plenário, DJe 06/09/2012)

Nas palavras de Ives Gandra Martins⁴, em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo (Anexo A):

Quando um ministro do período de exceção declarou que o Estado é, necessariamente, aético, ele disse uma verdade que, no Brasil, constitui a essência do exercício do poder. O administrador público brasileiro, em geral, gere mal as contas públicas e é um agente fantasticamente caloteiro, que não cumpre obrigações pecuniárias do Estado para com o cidadão, muito embora, na prática de uma autêntica "vampiragem tributária", retire muito mais recursos do povo do que seria necessário para os maus serviços públicos que presta.

Porém, antes de adentrar aos temas afetos à Adin. 4357, é mister esclarecer alguns pontos basilares que permeiam o assunto, notadamente, o que são precatórios e como se processam.

⁴ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0712200908.htm>>

1 - O que são e como se Processam os Precatórios

Precatório é o instrumento pelo qual o Poder Judiciário requisita, à Fazenda Pública, o pagamento a que esta tenha sido condenada em processo judicial. Grosso modo, é o documento pelo qual o Presidente de Tribunal, por solicitação do Juiz da causa, determina o pagamento de dívida da União, de Estado, Distrito Federal ou do Município, por meio da inclusão do valor do débito no orçamento público⁵.

Ainda,

Precatório é uma espécie de requisição de pagamento relativo a uma condenação sofrida por um ente público, após o encerramento definitivo de um processo judicial. Ele consiste em um ofício que o Juiz que julgou a causa encaminha para o Presidente do Tribunal, determinando que o valor dessa condenação seja comunicado ao Estado ou Município, por exemplo, para que ele, visando quitar a dívida, inscreva esse valor no seu orçamento anual. Todas as requisições recebidas dessa forma pelo Presidente do Tribunal são cadastradas como um processo que somente será arquivado com o pagamento do valor nele constante⁶.

Conforme preleciona Ricardo Cunha Chimenti⁷: “Os débitos da Fazenda Federal, Estadual e Municipal e administração indireta, suas autarquias e fundações públicas, pessoas jurídicas de direito público, em decorrência de decisão judicial transitada em julgado (excetuando-se os acordos, que poderão não se processar por precatórios sempre havendo o interesse público e respeitada a moralidade administrativa, não sendo afetada as verbas reservadas para os precatórios), far-se-ão na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos”.

Assevera ainda o mesmo Doutrinador⁸: na Resolução n. 115 do CNJ, no que se refere ao *caput* do art. 100 da CF, é considerado o momento da apresentação do precatório o recebimento do ofício pelo Tribunal a que se vincula o juízo da execução. Em sendo necessário complementação de dados ou documentos, considerar-se-á a apresentação na data em que o juiz apresenta ao Tribunal os dados complementares.

Os precatórios, segundo a Constituição Federal, são decorrentes de sentença

⁵ Disponível em: < <http://www.fazenda.sp.gov.br/contas/precatorios/>>

⁶ Disponível em: < http://www2.tjce.jus.br:8080/precatorios/?page_id=73>

⁷ CHIMENTI, Ricardo Cunha: **Direito Tributário**, Coleção Sinópses Jurídicas, 14^a edição, São Paulo, Saraiva, 2011, pg. 262.

⁸ Idem, *Ibidem*.

judicial e executados conforme o art. 730 do Código de Processo Civil; a pessoa jurídica de direito público executada (entes políticos, autarquias e fundações públicas) é citada não para pagar, mas para opor embargos, art. 741 do código de Processo Civil, no prazo de dez dias contados da citação.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves⁹ apresenta síntese de um debate acerca do prazo para os embargos: o prazo de dez fora dilatado para trinta dias em virtude da Medida Provisória nº 2180-35/2001 que é sussecivamente reeditada, porém a jurisprudência se divide na decisão da utilização de um ou outro prazo.

Com o trânsito em julgado da condenação, o juiz do feito expede ofício ao Presidente do seu Tribunal comunicando o valor da dívida.

Relevante citar a Súmula 279 do Superior Tribunal de Justiça, que orienta: “É cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública”. Sendo o procedimento o mesmo do art. 730 do Código de Processo Civil, inclusive quanto à necessidade de precatório, neste caso apenas é superada a fase de conhecimento do processo.

Esgotado o prazo sem que a ré (a Administração) embargue, ou se os embargos forem julgados improcedentes, há a expedição do “ofício requisitório” pelo juiz da causa ao presidente do Tribunal, órgão competente para a expedição do precatório.

Via de regra, não há cominação de honorários advocatícios em execução não embargada (art. 1º, d, Lei n. 9.494/97). Entretanto, a Súmula 345 do STJ, determina que sejam devidos honorários nas execuções individuais de sentença proferida em ação coletiva, ainda que não embargadas.

No tocante às execuções contra empresas públicas e as sociedades de economia mista, Administração Indireta pessoas jurídicas de direito privado, em geral, procede-se nas formas processuais comuns, inclusive com a penhora de bens.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 220.906-DF, instituiu distinções entre as empresas paraestatais que exercem ou não atividades típicas do Estado (art. 173, primeira parte, CF). O que ensejou o reconhecimento da impenhorabilidade de bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública federal, passando, as execuções contra

⁹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo, Saraiva, 2011, pg. 653.

ela, a seguirem-se mediante precatório (art. 100 da CF).

Com a inauguração da EC 62/2009 os pagamentos efetuados em sua vigência passaram a serem disciplinados pela nova redação do art. 100, CF e parágrafos. Porém os débitos anteriores e não pagos passaram a ser processados pelo art. 97 do ADCT que instituiu o regime especial e transitório.

Importante esclarecer que os créditos de natureza alimentícia bem como os créditos comuns devem ser processados por precatórios (Súmula 655 do STF). Entretanto, os precatórios alimentares, gozam de preferência em face aos comuns, são inseridos em primeiro lugar na fila, e só depois do último crédito alimentar é que se arrolam os precatórios comuns, sempre em ordem cronológica.

O § 2º determina que os débitos de natureza alimentar, cujos credores tenham no mínimo sessenta anos de idade na data de expedição do precatório, ou portadores de doença grave, definidos na forma da lei, terão o pagamento realizado com preferência sobre os demais débitos, limitado ao valor do triplo das requisições de pequeno valor previstas no § 3º do art. 100, CF, podendo ocorrer o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

Os pagamentos são determinados pelo Presidente do Tribunal responsável pelo precatório, conforme as possibilidades do depósito. Importante relevar o fato de que se por ato omissivo ou comissivo, o Presidente do Tribunal, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular do precatório incidirá em crime de responsabilidade, art. 100, § 7º, CF.

Não cabe Recurso Extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatório (Súmula 733 do STF), mas decisões ilegais são questionáveis por mandado de segurança¹⁰.

As obrigações de *pequeno valor*, que devem ser cumpridas pela Administração (pessoa jurídica de direito público) em virtude de sentença judicial transitada em julgado não se submetem ao regime de precatórios, mas à Requisição de Pequeno Valor (RPV), cujo descumprimento pode ensejar o pedido de sequestro de rendas do ente público devedor.

Na esfera federal o débito de pequeno valor é aquele de até sessenta salários mínimos, conforme o § 1º do art. 17 da Lei n. 10.259/2001. Porém os Estados e

¹⁰ CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Direito Tributário**, Coleção Sinopses Jurídicas, 14ª edição, São Paulo, Saraiva, 2011, pg. 265.

Municípios têm autonomia para editar leis fixando outros valores que excepcionam o regime dos precatórios baseado nas especificidades de suas respectivas capacidades econômicas (ADIn/STF 2.868/2004). Contudo, o montante mínimo para pagamento fora do regime de precatório não será inferior ao *valor do* “maior benefício do regime geral da previdência social”.

1.1 O Regime Especial de Precatórios, Art. 97, ADCT

A instituição do regime do art. 97 do ADCT, inserido pela EC 62/2009, possibilitou, aos entes da administração direta que possuíssem débitos atrasados a título de precatórios quando da promulgação da Emenda, que teriam afastadas a cogência de alguns dispositivos dos parágrafos do art. 100, CF na quitação dos precatórios em atraso.

Segundo entendimento de Kyoshi Harada¹¹:

Este dispositivo beneficiou, de forma inusitada, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que na data da promulgação da Emenda sob comento – 9-12-2009 – estivessem em mora na quitação de precatórios vencidos, concedendo-lhes o benefício do regime especial de pagamento, inclusive em relação aos precatórios que forem emitidos em todo o período de vigência desse regime anormal e casuístico.

Ainda, conforme o mesmo doutrinador¹²:

Os entes políticos que desviaram as verbas relativas aos precatórios e não procederam aos pagamentos devidos, além de serem beneficiados pela moratória de 15 anos, ou sem prazo determinado, à opção do ente político interessado, foram contemplados com a inaplicação das regras permanentes, relativas a precatórios, inscritas no art. 100 e parágrafos da CF que datam muitas delas (inserção na ordem cronológica e prévia inclusão orçamentária), desde a Constituição Federal de 1937, porque representativas do princípio maior da moralidade administrativa. Agora, com a inaplicação do § 5º, do art. 100, da CF, que prescreve a inclusão de verba tempestivamente requisitada na LOA do exercício seguinte para seu pagamento atualizado até o final desse exercício, desaparece a relação entre despesa fixada e a respectiva fonte de custeio. Tudo indica ser obra de um jejuno em Direito Financeiro. Quebra-se, dessa forma, o tradicional princípio da fixação de despesas. E porque não há despesas públicas fixadas na LOA desaparece a figura de precatório em mora, isto é, não há

¹¹ HARADA, Kiyoshi. **Precatórios**. Comentários à EC nº 62/2009, 2010, disponível em: <<http://www.haradaadvogados.com.br/publicacoes/Artigos/689.pdf>>

¹² Idem, ibidem.

mais cogitação de crédito de precatório a ser pago no prazo certo. Atinge, pois, o direito fundamental do credor de precatório, insusceptível de supressão ou limitação por meio de Emendas. Daí a inconstitucionalidade desse art. 97 do ADCT.

O § 1º do art. 97 possibilita duas opções no pagamento dos débitos atrasados, ao arbítrio do ente da administração devedor.

Na primeira opção, a base de cálculo da dívida incidirá um percentual sobre a receita corrente líquida do ente, valor ínsito no § 2º, sem imposição de limite temporal para a quitação. Já o conceito de corrente líquida está no § 3º, art. 97, ADCT.

§ 2º Para saldar os precatórios, vencidos e a vencer, pelo regime especial, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devedores depositarão mensalmente, em conta especial criada para tal fim, 1/12 (um doze avos) do valor calculado percentualmente sobre as respectivas receitas correntes líquidas, apuradas no segundo mês anterior ao mês de pagamento, sendo que esse percentual, calculado no momento de opção pelo regime e mantido fixo até o final do prazo a que se refere o § 14 deste artigo, será:

Na segunda opção, o Ente devedor utilizará como base de cálculo o saldo de todos os valores dos precatórios atrasados, acrescidos de juros simples e atualização monetária aos índices da caderneta de poupança, diferindo o pagamento pelo prazo de até 180 meses, ou quinze anos.

O § 6º do art. 97 do ADCT, estabelece que 50% no mínimo das receitas afetas ao pagamento dos precatórios são usados para o pagamento da “fila”, ou seja, em ordem cronológica ressalvada a preferência dos créditos alimentícios, de idosos com sessenta anos ou mais e de portadores de enfermidades especificadas pela lei.

Contudo o § 8º possibilita que os 50% da receita restante seja utilizada para o pagamento de três formas distintas, escolhidas isoladamente ou cumulativamente, a critério da administração devedora, obedecendo às seguintes formas,

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

- I - destinados ao pagamento dos precatórios por meio do leilão;
- II - destinados a pagamento a vista de precatórios não quitados na forma do § 6º e do inciso I, em ordem única e crescente de valor por precatório;
- III - destinados a pagamento por acordo direto com os credores, na forma estabelecida por lei própria da entidade devedora, que poderá prever criação e forma de funcionamento de câmara de conciliação.”

Esses sistemas de pagamento recebem pesadas críticas, em especial o “leilão” e também o inciso II que quebra a ordem cronológica do pagamento das dívidas, porém, tais práticas serão melhor analisadas no Capítulo 3, item 3.2.1.

2 - MEDIDAS COERCITIVAS DE GARANTIA DE PAGAMENTO DOS PRECATÓRIOS

2.1 O Sequestro e seu Cabimento

Quanto ao cumprimento forçado da obrigação, este se dá quando houver preterimento irregular na ordem cronológica de pagamento.

O § 10 do art. 97 do ADCT determina as seguintes medidas caso não ocorra a liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e os §§ 2º e 6º do mesmo artigo:

- I - sequestro de quantia nas contas de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, por ordem do Presidente do Tribunal referido no § 4º, até o limite do valor não liberado;
- II - direito líquido e certo, autoaplicável e independentemente de regulamentação, à compensação automática com débitos líquidos lançados pela Fazenda devedora contra os credores do precatório. A alternativa do inciso II, por sua vez, se dará caso o sequestro não se mostre possível.

Na lição de Marcus Vinicius Rios Gonçalves¹³: “O sequestro é medida cautelar de constrição de bens determinados e específicos, discutidos em processo judicial, que correm o risco de perecer ou de danificar-se, se a providência não for tomada”.

Diferentemente da medida cautelar de arresto, em que o autor postula a constrição de um ou mais bens indeterminados e suficientes para a garantia de seu crédito, visando proteger-se de futura execução por quantia certa.

No sequestro, uma possível execução para entrega de coisa certa é que representa o risco na satisfação do crédito, em que o bem da vida determinado pode deteriorar-se ou mesmo inutilizar-se.

Ambas as medidas cautelares condicionam-se à existência do “fumus boni juris” e do “periculum in mora”. No sequestro, o fumus boni juris será aferido pela existência de indícios de algum direito, que o autor detenha sobre o bem, já o periculum, de provável risco à integridade do bem.

¹³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo, Saraiva, 2011. Pg 723

“O sequestro não tem relação com uma dívida em dinheiro, mas com um litígio sobre determinado bem. Por isso, só o arresto, no momento oportuno converter-se-á em penhora, fase do procedimento das execuções por quantia; o sequestro não, já que a penhora não faz parte do procedimento das execuções para entrega de coisa”¹⁴.

Depreende-se que a expressão “sequestro” ínsita no § 10 do art. 97, ADCT fora usada impropriamente, tratando-se de fato do “arresto”, previsto no Código de Processo Civil nos arts. 813 e seguintes.

Malgrado, o termo “seqüestro” ter sido convencionado na seara dos precatórios como meio de garantir a execução contra a Fazenda Pública e sua efetividade, mesmo tendo natureza de medida cautelar, em se tratando de execução dos precatórios, o seqüestro possui natureza satisfativa, conforme preleção de Leonardo José Carneiro da Cunha¹⁵:

“O referido seqüestro nada mais é do que um arresto, sendo imprópria a designação de seqüestro. Tal arresto, contudo, não ostenta a natureza de medida cautelar, consistindo numa medida satisfativa, de natureza executiva, destinada a entregar a quantia apreendida ao credor preterido em sua preferência”.

Ainda, o § 13 do art. 97 do ADCT, determina que, enquanto entes devedores estiverem pagando precatórios pelo regime especial, não sofrerão sequestro de valores, salvo nos casos da não liberação tempestiva dos valores de que versam o inciso II do § 1º e o § 2º do mesmo artigo.

Em artigo denominado “Sequestro de verbas públicas para pagamento de precatórios após a EC 62/09”, Fabio Murilo Nazar e Cristiane Rêgo¹⁶, afirmam:

Tratando-se de regime especial, o regramento do seqüestro é bastante peculiar, tendo em vista que o seu cabimento ocorre apenas na hipótese da não liberação tempestiva dos recursos pelo ente público devedor. Desta forma, conforme se infere do art. 97, §10, I e §13, não há se falar em seqüestro quando se verificar que o ente público vem efetuando correta e tempestivamente os depósitos na conta especial criada pelo Tribunal para este fim.

¹⁴ Idem, Ibdem.

¹⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da, **A Fazenda Pública em Juízo**, 10ª edição, São Paulo, DIALÉTICA, 2012. Pg 330/331

¹⁶ NAZAR, Fábio Murilo; RÊGO, Cristiane. **“Sequestro de verbas públicas para pagamento de precatórios após a EC 62/09”**. Disponível em: <<http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/fabiomuriloecristianeregosequestrodeverbaspublicas.pdf>>

Contudo, quando da apreciação da Reclamação n. 3.034, o STF, tomando por base o voto do Min. Eros Grau, deferiu sequestro de valores referentes a precatório em favor de credor que necessitava de tratamento médico emergencial, mesmo no caso não havendo a preterição temporal ínsita no § 10, lembrando que à época vigia a EC 30/00. Que dispunha como casos que autorizavam o sequestro:

a) vencimento do prazo de dez anos, do art. 78 do ADCT [§ 4º do art. 78 do ADCT];

b) preterição do direito de precedência [§ 2º do art. 100 e § 4º do art. 78 do ADCT];

c) omissão, a partir do oitavo ano do prazo de dez anos, de inclusão de verba no orçamento, prevista no § 1º do artigo 100, quanto aos créditos de que trata o art. 78 do ADCT [§ 4º do art. 78 do ADCT].

Sendo pacífico o entendimento do Supremo de que apenas a preterição ao direito de precedência ensejaria o sequestro.

Casos similares são as Reclamações n. 1.270, 1.779, 2.874 e 2.189, que consubstancião o chamado “sequestro humanitário”.

Trecho ilustrativo do voto do Min. Eros Grau na Reclamação 3034:

Daí porque, até para ser coerente com o que tenho reiteradamente afirmado neste Plenário, eu haveria de votar no sentido de dar provimento ao agravo. Ocorre, no entanto, que a situação de fato de que nestes autos se cuida consubstancia uma exceção. Com efeito, estamos diante de uma situação singular, exceção, e, como observa CARL SCHMITT¹⁷, as normas só valem para as situações normais. A normalidade da situação que pressupõem é um elemento básico do seu “valer”. A propósito, MAURICE HAURIOU¹⁸ menciona “[...] cette idée très juste que les lois ne sont faites que pour un certain état normal de la société, et que, si cet état normal est modifié, il est naturel que les lois et leurs garanties soient suspendus.

Em tradução livre as palavras de HAURIOU: *“idéia muito justa de que as leis são feitas para um estado normal da sociedade, e que, se este estado normal é alterado, é natural que as leis e as garantias são suspensas”*.

Importantes considerações tecidas pelo Ministro¹⁹ referentes à hermenêutica exercida pelo magistrado, dignas de nota:

¹⁷ GRAL, Eros Roberto, STF, Rcl 3.034-AgR / PB, *apud*, SCHMITT, CARL, “Los tres legisladores extraordinarios de la Constitución de Weimar”, in Carl Schmitt, **teólogo de la política**, cit, pág. 313

¹⁸ GRAL, Eros Roberto, STF, Rcl 3.034-AgR / PB, *apud*, HAURIOU, Maurice. **Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des Conflits, tome troisième**, Sirey, Paris, 1.929, pág. 173.

¹⁹ GRAL, Eros Roberto, STF, Rcl 3.034-AgR / PB

Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito, porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação, ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos --- para o que nos bastaria a alfabetização --- mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento.

2.2 A Intervenção Federal como Medida Assecuratória da Execução dos Precatórios

Outro instituto que visa coibir a mora da Administração é a intervenção federal.

Diferentemente das hipóteses em que cabe o sequestro, em regra quando há desrespeito à ordem cronológica no pagamento de um precatório, nas hipóteses de atraso ou suspensão no pagamento será cabível a intervenção federal.

A suspensão ou atraso do pagamento implicará, logicamente, no descumprimento de uma ordem judicial e o mecanismo constitucional garantidor é a intervenção da União no Distrito Federal e no Estado-Membro, ou do Estado-Membro no Município (arts. 34, VI, e 35, IV, ambos da CF).

Em havendo desobediência de ordem ou decisão judicial, a intervenção federal dependerá de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral (art. 36, II, da CF), caso em que a instauração da intervenção será obrigatória²⁰.

Contudo, a jurisprudência dominante no STF entende que somente o descumprimento voluntário das decisões judiciais enseja a medida, não sendo causa suficiente a impossibilidade decorrente da inexistência de recursos.²¹

Pagamento de precatório judicial. Descumprimento voluntário e intencional. Não ocorrência. Inadimplemento devido à insuficiência transitória de recursos financeiros. Necessidade de manutenção de serviços públicos essenciais, garantidos por outras normas constitucionais. Precedentes. Não

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição, Saraiva, Brasília, 2010, pg 937

²¹ Idem, Ibdem.

se justifica decreto de intervenção federal por não pagamento de precatório judicial, quando o fato não se deva a omissão voluntária e intencional do ente federado, mas a insuficiência temporária de recursos financeiros (STF, IF nº 5114, RS, Relator Min. Cezar Peluso, Plenário, DJe 06/09/2012)

Por outro lado, há decisões recentes no julgamento da Adin 4357, em especial pelos Ministros Luiz Fux e Luis Roberto Barroso, que entendem ser cabível e necessária a intervenção.

Em voto proferido na Intervenção Federal 5114/ Rio Grande do Sul, o Ministro Marco Aurélio de Melo, partilhando do entendimento de que é cabível e necessária a intervenção federal nos casos de descumprimento das decisões judiciais ponderou:

[...] Se formos à Carta da República – e estamos diante de pedidos de intervenção que dizem respeito ao descumprimento de pronunciamentos judiciais, tendo em conta obrigação de dar, prestações alimentícias –, vamos constatar que a intervenção é motivada pelo descumprimento de ato judicial. Não há na Constituição o elemento subjetivo, tampouco a necessidade de apurar-se o dolo do Estado. Cheguei mesmo a dizer que, se um governante, tendo recursos, deixasse de satisfazer decisões judiciais, principalmente a revelarem prestações alimentícias, deveria estar em um manicômio, deveria estar interditado

[...]

Já tivemos três moratórias: a primeira, na redação primitiva da Carta, no Ato das Disposições Transitórias, as duas outras mediante emendas constitucionais, e, mesmo assim, com as moratórias, com a projeção no tempo da liquidação dos débitos, essa liquidação não se fez presente.

[...]

Há de se colocar, Presidente, termo final a esse círculo vicioso. Incumbe ao Supremo tornar efetiva a Lei Maior, que – já disse – precisa ser mais amada pelos brasileiros, principalmente pelos homens públicos. Garanto que, assentada a intervenção pelo Supremo, encontrar-se-á forma de liquidar o precatório (STF, IF nº 5114, RS, Relator Marco Aurélio de Melo, Plenário, DJe 06/09/2012)

Ainda, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo ao deferir pedido de intervenção estadual em município por não cumprir decisão judicial alegando dificuldades financeiras, decidiu que “dificuldades financeiras alegadas pelo Município ao cumprir a ordem judicial não afastam, ao contrário reforçam a convicção da necessidade da intervenção” (Intervenção Estadual n. 107.977-0/8, j. 29-9-2004, rel. Paulo Franco). No mesmo sentido a Intervenção Estadual n. 85.366-0/1²².

Tecidas estas considerações basilares no tocante ao tema convém prosseguir para cerne deste trabalho, qual seja, a análise das inconstitucionalidades da Emenda.

²² CHIMENTI, Ricardo Cunha, op. cit. pg. 269.

3 - SOBRE A INCONTITUCIONALIDADE DA EMENDA

Conforme Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida, dentre outros, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, autuada sob o nº 4357, arguiu-se inconstitucionalidade em seu duplo aspecto, formal e material.

Como exposto acima, em seu aspecto material ignorou princípios e limites impostos pela Constituição, tais como: o estado Democrático de Direito; a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); a separação dos poderes (art. 2º, CF); o princípio da igualdade, segurança jurídica (art. 5º, caput, CF); da proteção ao direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF); do ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF); e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). Institucionalizando, na prática, o “calote oficial”, em ofensa íntima ao princípio da moralidade (art. 37, caput, CF), como também ao artigo 60, § 4º, IV, CF:

Além das graves distorções impingidas no aspecto material da Emenda, houveram debates sobre possíveis inconstitucionalidades de cunho formal: a hipótese da desconsideração das regras procedimentais que violam o devido processo legislativo (art. 5º, LIV, e art. 60, § 2º).

Nos ateremos aos dispositivos que foram efetivamente considerados inconstitucionais, pois a lista de dispositivos denunciados na Inicial atinge quase a totalidade do art. 100, da Constituição da República e a totalidade do art. 97, ADCT.

3.1 Da Inconstitucionalidade Formal

A Constituição em seu artigo 60, § 2º, determina que a proposta de Emenda Constitucional seja deliberada e votada, em cada casa legislativa, em dois turnos, instituindo, o processo legislativo:

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

A saber, que o processo legislativo em geral se divide em: iniciativa,

deliberação, votação, sanção ou veto presidencial, promulgação e publicação²³.

Esta exigência teleologicamente visa permitir maior processo de discussão e amadurecimento do tema em debate no Poder Legislativo, para uma melhor e mais adequada criação e mudança da Carta Magna, sobretudo obedecendo-se o lapso temporal imposto entre as votações.

Com esta finalidade cada casa legislativa impõe em seu Regimento Interno interstícios mínimos para o debate e votação da matéria em dois turnos distintos.

Entretanto a PEC 351/09 (PEC que ensejou a EC 62/09) encaminhada pela Câmara dos Deputados ao Senado Federal, teve sua deliberação e aprovação na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) no dia 02/12/2009, tendo sido votada na ordem do mesmo dia

Ocorre que no mesmo dia 02/12/2009 a então PEC 351/09, agora intitulada de PEC 12 – A/06 no Senado foi discutida e votada em 1º e 2º turno, numa suposta violação aos arts. 5º, LIV, e 60, § 2º, CF. Além da previsão no Regimento do Senado em seu art. 362 de interstício mínimo de cinco dias úteis entre a discussão e votação em 1º e 2º turno.

É importante ressaltar que o controle formal de constitucionalidade é estritamente jurídico como nas palavras de Paulo Bonavides²⁴: “Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das normas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes.”

Contudo, esta aparente transgressão aos ditames constitucionais no tocante ao processo legislativo fora vencida pelo Supremo quando do julgamento, neste ponto, prevaleceu o voto do Min. Luiz Fux.

O Ministro afirmou que: *“a exigência do constituinte originário de que a votação se dê em dois turnos existe para garantir a reflexão profunda e madura antes da modificação de instrumento jurídico com acepção de perenidade. Entretanto, partindo dessa finalidade abstrata, não é razoável se extrair a obrigatoriedade da existência de interstício mínimo entre os turnos.”*

Em síntese, a Constituição Federal não exigiu um tempo mínimo entre as

²³ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**, 1ª ed., Atlas Editores, São Paulo, 2002.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 4º ed. Malheiros, 1993, p.229.

duas votações. O constituinte, quando achou adequado, expressamente exigiu intervalo mínimo, conforme observar-se, em dois casos: para criação de lei orgânica municipal (art. 29, caput, da CF/88) e da Lei Orgânica do DF (art. 32, caput, CF/88). Na hipótese de aprovação de Emendas, a Constituição não fez esta mesma exigência. Logo, houve um “silêncio eloquente” do texto constitucional.

Portanto, segundo o Ministro, quando o § 2º do art. 60 refere-se a dois turnos, ele está exigindo, apenas, a realização de duas etapas de deliberação, tal qual ocorreu com a EC 62/2009.

Ainda, relevante esclarecer que existe norma no Regimento Interno do Senado determinando o intervalo de cinco dias úteis entre os turnos da votação, contudo o STF entendeu que a inobservância do dispositivo enseja apenas ao controle realizado pelo próprio Legislativo e não do Poder Judiciário.

3.2 Da Inconstitucionalidade Material

Notadamente a dinâmica dos precatórios existe para assegurar a igualdade de credores, impedir favorecimentos e inibir tratamentos discriminatórios.

Como também é visível no art. 60, § 4º, IV, CF²⁵ a expressão “tendente a abolir” não deve ser interpretada de forma absoluta de supressão definitiva de um direito, o correto é que a simples restrição, mesmo que temporária de um direito fundamental já ofende a norma constitucional e é passível de controle, do contrario seria a inviabilidade e inutilidade pratica da higidez e efetividade da formula promulgada pelo constituinte originário, entendimento acolhido pelo STF no julgamento da Adin 939 conforme voto do Relator Min. Celso de Mello:

Admitir que a União, no exercício de sua competência residual, ainda que por emenda constitucional pudesse excepcionar a aplicação dessa garantia individual do contribuinte implica em conceder ao ente tributante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados.

²⁵ Art. 60 – (...): **§ 4º** - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: **IV** - os direitos e garantias individuais.

3.2.1 O conceito de moralidade administrativa

Impossível discorrer sobre a inconstitucionalidade da Emenda 62/2009 sem ao menos resvalar sobre o conceito de moralidade administrativa.

Importante conceituar a moralidade administrativa especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, como dito, a inseriu expressamente como princípio de observância obrigatória para toda a administração pública direta e indireta de todos os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Positivado no art. 37, “*caput*”, da Constituição Federal, tal princípio torna jurídica a exigência de atuação ética dos agentes públicos²⁶.

Sabe-se que Maurice Haouriou, no início do século XX, atuando no Conselho de Estado francês cúpula do contencioso administrativo naquele país, fora quem introduziu o conceito da moralidade na doutrina administrativista²⁷:

[...] a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da “boa administração”, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da “moralidade administrativa”²⁸

É pacífico na doutrina, desde Hauriou, que o princípio da moralidade administrativa não se confunde com a moral comum.

Tendo a própria Constituição previsto tal princípio da moralidade conferindo-lhe absoluta cogência e juridicidade, este assume papel de requisito de validade dos atos administrativos, não sendo mais cabível a alegação de que a moralidade integra o mérito do ato²⁹, logo o ato imoral é nulo e não inconveniente ou inoportuno.

Na atuação do agente público que guarda a moralidade, não basta que o agente cumpra a estrita legalidade, sendo necessário que se atente à ética, conforme positivado no Anexo do Decreto 1.171/94:

²⁶ ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21ª edição São Paulo, Método, 2013. Pág. 190

²⁷ LIMA, Cíntia Zaira Messias de. **Moralidade Administrativa: conceito e controle**, 2006, disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054000.PDF>>

²⁸ HAURIOU, Maurice, *apud* BRANDÃO, *apud* LIMA, Cíntia Zaira Messias de. **Moralidade Administrativa: conceito e controle**, 2006, disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054000.PDF>>

²⁹ ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. Op. cit.. Pág. 190

II - O servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 37, caput, e § 4º, da Constituição Federal.

Tendo a moralidade este caráter “integrador” que otimiza a finalidade e a aplicação das normas administrativas, é comum a doutrina afirmar que a moralidade dá maior efetividade ao princípio da legalidade, é pois, o princípio da moralidade critério norteador dos atos administrativos e parametro de controle.

A doutrina brasileira é enfática no fato de que a moralidade administrativa é indiferente à concepção subjetiva de moral e ética que cada agente possa adotar. Tal dissociação ocorre, pois é possível extrair-se a concepção objetiva de moralidade administrativa do conjunto de normas que regem a administração pública.

A escolha do critério da boa-fé objetiva e não subjetiva para preencher o conteúdo da moralidade tem sua razão de ser consubstanciada na desnecessidade de indagação acerca do elemento psicológico na conduta do agente, o ato administrativo que fere a boa-fé objetiva é ato da Administração, pouco importando de quem partiu e quais suas intenções³⁰.

Logo, a moralidade sendo intimamente correlata ao princípio da boa-fé objetiva se relaciona com a honestidade, com a probidade e com a consideração de auxiliar e jamais prejudicar à outrém, na seara do direito administrativo, “outrém” tem a acepção de “sociedade”.

Importante decorrência do princípio da moralidade e boa-fé administrativa são os princípios da veracidade e confiança, os quais, segundo Giacomuzzi³¹, parece ser uma das mais importantes funções da boa-fé como vetor do princípio da moralidade:

Uma das funções que me parece mais relevante atribuir-se à boa-fé como princípio veiculado pela moralidade do art. 37 da Constituição Federal de 1988 é justamente o mandamento de proteção à confiança enquanto elemento componente do Estado de Direito Social. A confiança, que adquirira no âmbito privado especial relevância, tem-na, na órbita pública, redobrada. A proteção da confiança – ou confiança legítima

³⁰ GIACOMUZZI, José Guilherme, *apud* CÍNTIA Zaira Messias de. **Moralidade Administrativa: conceito e controle**, 2006, disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054000.PDF>>

³¹ GIACOMUZZI, José Guilherme, *apud* WAICK, Fernanda Aime Lamp. **O Princípio da Moralidade Administrativa e a Lei de Improbidade Administrativa**, 2009, disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/fernanda_waick.pdf>

(Vertrauensschutz) – liga-se também à segurança jurídica, princípio só aparentemente conflitante com a justiça e revelador, num patamar de análise mais abstrato, de uma das aspirações mais insatisfeitas do gênero humano, havendo quem também a indique como postulado básico do Estado de Direito.

Tal princípio da confiança, contundentemente violado com a EC 62/09, prega que a administração deve agir com lealdade, boa-fé em função da segurança jurídica. Em artigo intitulado “A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA”, Ludiana Carla Braga Façanha Rocha e Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz³² conceituam:

O princípio da confiança tem como leading case situação ocorrida na Alemanha, na década de 50, do século passado. Depois de reconhecido nos tribunais passou a ser tratado na doutrina para, só então, ser positivado. A Espanha também cuidou deste princípio de forma pioneira. Hoje em toda Europa há ampla aceitação do seu uso. A idéia de confiança legítima defende a manutenção de atos administrativos, cujos efeitos se prolongaram no tempo, gerando no administrado uma expectativa legítima de continuidade, ainda que estes atos sejam eivados de ilegalidade ou inconstitucionalidade. A proteção da confiança tem por pano de fundo a necessidade de estabilização das relações ente a administração pública e os administrados.

Nas palavras de Canotilho³³:

O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às **decisões públicas** incidentes sobre os seus direito, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídico previstos e prescritos no ordenamento.

Tais premissas que o Estado deve respeitar em se tratando da EC 62/09 são, por óbvio, minimamente os direitos fundamentais dos credores.

3.2.2 Dos Vícios do Art. 100, CF e art. 97, ADCT

Os seguintes dispositivos foram declarados inconstitucionais:

³² DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos, ROCHA, Ludiana Carla Braga Façanha. **A Administração Pública e o Princípio da Confiança Legítima**, disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32601-39843-1-PB.pdf>>

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *apud* DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos, ROCHA, Ludiana Carla Braga Façanha, op. cit.

§ 2º 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, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

Embora bem intencionada a medida do legislador em conceder prerrogativa ao recebimento dos créditos aos maiores de 60 anos de idade ou portadores de doenças graves, algumas críticas advêm a este ato.

Em primeiro lugar a expressão “na data de expedição do precatório” referente ao limite de 60 anos, é eivada de inconstitucionalidade e desproporcionalidade e assim foi considerada pelo STF no Julgamento, pois revela tamanha discriminação entre pessoas que ao tempo da expedição não tinham 60 anos e que mesmo após satisfazer o requisito da idade não são contempladas pelo benefício em nítida injustiça ante os que tiveram os precatórios declarados após a Emenda, ou seja, os credores mais antigos e que passaram a satisfazerem o requisito dos 60 anos completos seriam preteridos ante os novos credores, numa ofensa nítida ao art. 5º, caput, CF.

Depreende-se do § 2 do art. Que o regime de pagamento dos precatórios se diversifica em “filas”, três filas, cada uma num nível de prioridade: o primeiro nível de prioridade é composto pelos créditos alimentares de idosos de 60 anos ou mais de idade, na data do pagamento do precatório, também os portadores de doença grave;

O segundo nível é composto pelos créditos alimentares restantes;

Por fim, o último nível é dos valores restantes, que não gozam de nenhuma preferência.

Interessante anotar duas considerações: a primeira é a de que os créditos alimentares, conforme o art. 100, CF, “*são aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil*”.

A segunda observação é a de que o limite para pagamento de créditos preferenciais abedecem a um teto, os valores que ultrapassarem este teto adentram a “fila” comum.

Tal limite, de três vezes a Requisição de Pequeno Valor fora impugnado pela Adin, com fundamento de que tal artigo agride o princípio da igualdade e da

separação dos poderes, retirando eficácia e autoridade da decisão judicial condenatória transitado em julgado e de natureza alimentar. Porém, por decisão do Supremo permaneceu tal medida.

Prosseguindo, foram declarados inconstitucionais também os parágrafos 9º e 10:

§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

§ 10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preenchem as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos.

A totalidade do § 9º e conseqüentemente o §10 foram declarados inconstitucionais.

Esta prática representa violação à autonomia da vontade do contribuinte, suprimindo o poder e liberdade sobre seus bens e patrimônio, garantia fundamental ínsita no art. 5º, caput da Carta Maior.

Não obstante a matéria da compensação de tributos estar disciplinada pela lei 10.677/02, o § 9º em vista, visa o pagamento compulsório de precatórios por meio da compensação dos débitos inscritos ou não em dívida ativa, suprimindo do credor o direito conferido pela sentença judicial em seu favor. Isto, pois, configura em nova (e ilegal) modalidade de confisco.

No entendimento de Kiyoshi Harada referindo-se ao parágrafo nono³⁴:

Mas, o vício mais grave é o de natureza constitucional consistente na violação do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) que abarca, necessariamente, o princípio do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF).

No mesmo raciocínio o autor vislumbra hipóteses de aberrantes violações a direitos fundamentais, especificamente no caso da prescrição do crédito tributário em que este mantem-se inscrito em dívida ativa:

³⁴ HARADA, Kiyoshi. Precatórios. **Comentários à EC nº 62/2009, 2010**, disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7707>

Quem lida com a matéria tributária sabe que as três Fazendas vêm mantendo na inscrição da dívida ativa, por tempo indefinido, créditos tributários extintos pela prescrição. Nessas hipóteses, de nada adianta a ressalva estabelecida em relação aos créditos tributários com exigibilidade suspensa por decisão administrativa ou decisão judicial, pois o crédito tributário prescrito não suscita discussão judicial, senão quando ajuizada a execução fiscal. É claro que a compensação unilateral pela Fazenda desses créditos tributários extintos pela prescrição – insusceptíveis de cobrança judicial – viola o princípio do devido processo legal de que é corolário o princípio do contraditório e ampla defesa. Nem se argumente com o uso de via processual adequada para contestar a compensação indevida, pois a solução do litígio levaria anos. Eventual ressarcimento posterior não tem o condão de eliminar o problema, pois ninguém poderá perder a liberdade e os seus bens sem o devido processo legal. O contraditório e ampla defesa deve preceder a privação do patrimônio do precatista. E mais, a supressão da via judicial para defesa dos interesses do contribuinte implica, também, violação do princípio do livre acesso ao Poder Judiciário previsto no art. 5º, XXXV, da CF. Outrossim, não se pode pretender transformar a Presidência do Tribunal em órgão de solução de litígio de natureza tributária, violando o princípio do juiz natural. Em caso de impugnação do valor do tributo compensando, a menos que se trate de mero erro aritmético, a solução da lide há de ser, necessariamente, remetida à via ordinária.

Outro ponto fulminado pela decisão do Supremo é parte do dispositivo do § 12 da Emenda:

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitos, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

Neste parágrafo 12 do art. 100, da Carta Maior, os princípios violados são o princípio da separação de poderes (art. 2º, CF) e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), justamente por se indexar os índices da caderneta de poupança, esterilizando qualquer possibilidade de fixação de critério diferente por parte do Poder Judiciário, além de inovar em prejuízo do cidadão lembrando que o índice anteriormente utilizado para correção dos precatórios federais, o Índice de Preços ao Consumidor, era evidentemente superior.

Tal indexação aos índices da caderneta de poupança (Taxa Referencial – TR), já foi coibida em sede de ADI³⁵ pelo STF, justamente por se mostrar insuficiente e inadequada na proteção do poder aquisitivo da moeda ante a corrosão da inflação, portanto decorrência ao direito de propriedade do art. 5º, XXII, CF.

³⁵ ADI 4930/DF, Relator Min. Moreira Alves, Pleno, DJ 04.09.1992.

Portanto a adoção da Taxa Referencial culmina em inevitável corrosão do crédito e violação ao direito de propriedade, direito fundamental e cláusula pétrea insculpida no art. 5º, XXII de nossa Constituição da República.

Os ministros do STF decidiram pela declaração da inconstitucionalidade da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, constante do § 12 do art. 100 da CF.

No entendimento dos Ministros, o índice oficial da poupança não é hábil a evitar a perda de poder aquisitivo da moeda.

Conforme esclarecido nos debates das sessões de julgamento este índice é fixado “*ex ante*”, ou seja, previamente, a partir de critérios técnicos não relacionados com a inflação considerada no período. Todo índice definido *ex ante* é incapaz de refletir a real flutuação de preços apurada no período em referência³⁶.

Dessa forma, como o índice em sua essência não constitui instrumento hábil a manter o valor real do crédito, ainda viola a garantia da coisa julgada, sendo que o valor real do crédito cominado na sentença judicial apresentará severas discrepâncias do valor que o credor irá receber quando o precatório for pago, pois este valor será corroído pela inflação.

Quanto ao § 15 do art. 100 da CF/88, este foi concebido em decorrência do grande problema deste país no que tange aos precatórios dos Estados e Municípios.

Há nas administrações estaduais e municipais relatos de casos em que não se pagam precatórios vencidos há mais de 20 anos. Com a desídia do administrador as dívidas se acumulam exercício após exercício e, em muitos casos se as Administrações fossem obrigadas a quitar o que devem com precatórios, isso representaria valores superiores ao orçamento anual.

Pensando nisso, a EC n.º 62/09 acrescentou o § 15 ao art. 100, conferindo ao legislador infraconstitucional a possibilidade de criar um regime especial para pagamento de precatórios no âmbito dos Estados/DF e dos Municípios, estabelecendo uma vinculação entre o procedimento de pagamento com a receita corrente líquida desses entes:

§15. Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação.

³⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo697.htm>>

O art. 2º da EC n.º 62/09 incluiu ainda o art. 97 ao ADCT instituindo regime especial de pagamento dos precatórios enquanto não fosse editada a referida lei complementar do §15:

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.

Tal dispositivo instituiu regime especial de precatórios, possibilitando o parcelamento destes em até quinze anos.

Conforme lição de Gomes Canotilho³⁷, *“A proteção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma proteção eficaz e temporalmente adequada”*, sendo que, indiscutivelmente, a extensão do prazo de execução de até quinze anos, afasta a decisão final em prazo razoável, vulnerando ainda o art. 5º, LXXVIII: *“A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*.

Neste ato do Legislativo de impor tão prolongada execução de pagamento, reside a vulneração do art. 60, § 4º, e art. 2º, da Carta da República, observando que atentou contra a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.

O regime especial instituído pelo art. 97 do ADCT conferia vantagens desproporcionais e imorais aos Estados e Municípios, sendo instituído o famigerado “leilão de precatórios” no âmbito destes entes federativos, leilão este em que os credores competem entre si oferecendo deságios de seus respectivos créditos. Aqueles que oferecem maiores descontos são preferidos na ordem de pagamento.

Comentário sobre o § 9º do art. 97, ADCT³⁸:

Esse parágrafo fixa as premissas básicas para a realização do leilão por meio de sistema eletrônico administrado por entidade autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários ou pelo Banco Central do Brasil. No ato de habilitação de precatórios para o leilão, por iniciativa do Poder Executivo, poderá ocorrer a compensação com débitos líquidos e certos, inscritos ou

³⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Almedina, 2 edição, p.454.

³⁸ HARADA, Kiyoshi. **Precatórios**. Comentários à EC nº 62/2009, 2010, Disponível em: <<http://www.haradaadvogados.com.br/publicacoes/Artigos/689.pdf>>

não, constituídos contra o precatarista, ressalvados os créditos tributários com exigibilidade suspensa por ato administrativo ou judicial. Os incisos III a IX prevêem regras para o leilão. Enfim, nesse leilão recebe um primeiro lugar quem ofertar o menor valor, isto é, oferecer um deságio maior ao poder público devedor.

Assim, tal regime especial cria regra excepcional à do art. 100 da CF/88 em que estabelece-se o pagamento pela ordem cronológica de apresentação.

Leonardo da Cunha³⁹ afirmou, acertadamente, que a EC n.º 62/09 previu uma espécie de “moratória” ou “concordata” para os Estados/DF e Municípios. Daí a alcunha dada, de forma justa, por sinal, de “emenda do calote”.

O Supremo declarou inconstitucionais o § 15 do art. 100 da CF/88 e todo o art. 97 do ADCT.

Finalmente, resta claro que, com a conduta inadimplente da Administração Pública e a instituição do novo regime, o objetivo foi cooptar os credores de precatórios a aderirem aos leilões, concedendo “descontos” ao erário em relação aos créditos devidos em virtude de decisão judicial transitada em julgado.

O STF concluiu que a EC n.º 62/09, ao prever este “calote”, agrediu aos valores do Estado de Direito, do devido processo legal, do livre e eficaz acesso ao Poder Judiciário e da razoável duração do processo. Também os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da igualdade.

Em síntese, o julgamento da Adin 4357 fulminou integralmente, pelos motivos expostos, os Dispositivos inconstitucionais: § 9º do art. 100 da CF/88; § 10 do art. 100 da CF/88; § 15 do art. 100 da CF/88; Art. 97 (e parágrafos) do ADCT.

E declarou parcialmente inconstitucional os dispositivos dos parágrafos: § 2º do art. 100 da CF/88; § 12 do art. 100 da CF/88.

Quanto ao § 2º do art. 100 da CF/88, declarou-se a inconstitucionalidade da expressão: “na data de expedição do precatório”.

Quanto ao § 12 do art. 100, foram declaradas inconstitucionais as seguintes expressões: “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” e “independentemente de sua natureza”

Os demais dispositivos permanecem válidos e eficazes.

³⁹ DIDIER JR., Fredie et. al. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 764

CONCLUSÃO

Conforme exposto neste trabalho, é evidente que ao longo das décadas a administração pública não se atentou em cumprir suas obrigações na seara dos precatórios, seja por incompetência, seja por má vontade, o pagamento destas dívidas, via de regra é deliberadamente postergado.

Maus administradores são beneficiados com parcelamentos de débitos advindos de sentenças judiciais, (art. 2º da EC 62/09), com emissão de títulos da dívida pública, com a não observância dos limites fixados pelo Senado Federal (art. 52, VI, CF e art. 30, I, LC 101/2000), nos termos da CF e da Lei de Responsabilidade Fiscal⁴⁰.

De modo que, os que necessitarem do Judiciário para ter reconhecido o seu direito violado pelo Estado, enfrentarão um processo moroso, complexo, caro e dispendioso. Após a *via crucis* processual, segue-se a burocracia do precatório judicial, cujo pagamento se arrastará por até quinze anos, provavelmente devido à falta de interesse político, do que por falta de disponibilidades de caixa, considerando que a Lei de Responsabilidade Fiscal institui mecanismos que preservam o equilíbrio das contas públicas, é o princípio da gestão responsável⁴¹.

Porém com o julgamento da Adin 4357, entre outros, pelo STF representa um tímido, mas benéfico passo rumo à moralidade e probidade administrativa, pois como alegado anteriormente, as administrações pelo Brasil perpetram seus atos imorais, antieconômicos, lesivos à sociedade e não temem nenhuma sanção.

Este momento pode ser o começo de uma mudança de paradigma, em que os Poderes, por estímulo direto do Judiciário, ajam sinergicamente em prol do bem comum, guardando minimamente os preceitos da moralidades e boa-fé para os cidadãos credores da fazenda pública.

⁴⁰ HARADA, Kiyoshi. Precatórios judiciais. Descumprimento. Crime de responsabilidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 265, 29 mar. 2004 . Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5007>

⁴¹ Idem, Ibdem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21ª edição São Paulo, Método, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 4º ed. Malheiros, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 2ª edição, Almedina.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Direito Tributário**: Coleção Sinópses Jurídicas, 14ª edição, São Paulo, Saraiva, 2011

CUNHA, Leonardo Carneiro da, **A Fazenda Pública em Juízo**, 10ª edição, São Paulo, DIALÉTICA, 2012.

DIDIER JR., Fredie; *et. al.* **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador, Juspodivm, 2010.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos, ROCHA, Ludiana Carla Braga Façanha. **A Administração Pública e o Princípio da Confiança Legítima**, Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32601-39843-1-PB.pdf>>

Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1400065>> em:

Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,prefeito-do-rio-turbina-gastos-em-publicidade,677988,0.htm>>

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo697.htm>> em:

Disponível em: <http://www2.tjce.jus.br:8080/precatorios/?page_id=73>

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo, Saraiva, 2011.

HARADA, Kiyoshi. Precatórios. **Comentários à EC nº 62/2009, 2010**, Disponível em: <<http://www.haradaadvogados.com.br/publicacoes/Artigos/689.pdf>>

HARADA, Kiyoshi. Precatórios judiciais. Descumprimento. Crime de responsabilidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 265, 29 mar. 2004 . Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/5007>>

LIMA, Cíntia Zaira Messias de. **Moralidade Administrativa: conceito e controle**, 2006, disponível em:< <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054000.PDF>>

MARTINS, Ives Gandra da Silva; **Um Estado Permanentemente Imoral**, 2009, Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0712200908.htm>>

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição, Saraiva, Brasília, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**, 1ª ed., Atlas Editores, São Paulo, 2002.

NAZAR, Fábio Murilo; RÉGO, Cristiane. “**Sequestro de verbas públicas para pagamento de precatórios após a EC 62/09**”. Disponível em: <<http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/fabiomuriloecristianeregosequestrodeverbaspublicas.pdf>><http://www.fazenda.sp.gov.br/contas/precatórios/>>

SILVA, DE PLÁCIDO E; **Vocabulário Jurídico**; 28ª edição; 2010.

WAICK, Fernanda Aime Lamp. **O Princípio da Moralidade Administrativa e a Lei de Improbidade Administrativa**, 2009, disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/fernanda_waick.pdf>

ANEXOS

ANEXO A

Um Estado Permanentemente Imoral⁴²

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

“Espero que os eleitores não reconduzam ao Congresso os parlamentares que defenderam o imoral e indecente calote oficial”

QUANDO UM ministro do período de exceção declarou que o Estado é, necessariamente, aético, ele disse uma verdade que, no Brasil, constitui a essência do exercício do poder.

O administrador público brasileiro, em geral, gere mal as contas públicas e é um agente fantasticamente caloteiro, que não cumpre obrigações pecuniárias do Estado para com o cidadão, muito embora, na prática de uma autêntica "vampiragem tributária", retire muito mais recursos do povo do que seria necessário para os maus serviços públicos que presta.

Se um contribuinte deixar de entregar parcela do fruto de seu trabalho ou patrimônio para pagamento de tributo no prazo de vencimento, corre o risco de ser preso. Se o administrador público deixar de pagar o que o Estado deve em virtude de sua má administração, basta recorrer ao Congresso para afastar a obrigação.

O monopólio do calote é oficial, público e reiteradamente praticado, apesar de a Constituição de 1988 garantir o direito de propriedade, há décadas, no país.

União, Estados e municípios que não pagam o que devem em precatórios tornam seus administradores maus gestores e aéticos. E permanecem em conluio com o Parlamento para que o confisco do patrimônio do cidadão seja viabilizado por sucessivas PECs.

Já o "banditismo oficial" é endeusado, gabando-se a "eficiência" de quem deve, mas não paga, nada obstante destinar, pelo Orçamento, fantásticos benefícios aos detentores do poder (burocratas e políticos), com aumentos muito acima da inflação e muito além dos reajustes que têm os cidadãos do segmento não

⁴² MARTINS, Ives Gandra. **Um Estado Permanentemente Imoral**. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0712200908.htm>>.

governamental, que trabalham na sociedade.

A nova PEC dos Precatórios mereceria contra seu progenitor e aqueles que a aprovaram no Senado ações popular ou civil pública, por representar violação ao mais rígido princípio constitucional que rege a administração pública, que é o princípio da moralidade, olímpicamente ignorado por seus autores no Congresso.

Pela nova PEC, em vez de pagar, o poder público devedor destinará pequena parcela do orçamento para ser leiloada, todos os anos, recebendo, aqueles que entrarem no leilão, parte ínfima de seu crédito. Se não quiser se submeter ao "assalto público", terá o "direito" de nunca receber, porque nunca haverá dinheiro para pagá-lo.

Se o poder público destinasse apenas o que gasta em desnecessária e, por vezes, ilegal publicidade para pagar o que deve, já teria sido reduzida consideravelmente a inadimplência dos precatórios.

Recentemente, quando recebi a cátedra "Lloyd Braga", na Universidade do Minho, em Portugal, ao narrar em exposição sobre moralidade pública que, no Brasil, os governos não pagam o que devem, mesmo quando condenados, a informação causou espanto.

Na última reunião do Conselho Superior de Direito da Fecomercio, o presidente da Comissão dos Precatórios da OAB, dr. Flávio Brando, relatou fato semelhante -que, ao expor nos Estados Unidos o permanente descumprimento de obrigações pelo poder público, a plateia ficou espantada ao saber que quem deveria dar o exemplo termina por dar a pior das lições, ensinando que, no Brasil, "calote" é uma "técnica" da administração pública.

O projeto de emenda constitucional aprovado no Senado tem, pelo menos, cinco inconstitucionalidades. Viola: o princípio da igualdade, pois tais favores não são estendidos aos contribuintes credores; o princípio da dignidade humana, pelo tratamento humilhante que dá aos credores, confiscando-lhes o patrimônio; o direito à propriedade, com um acintoso "devo, mas não pago"; a coisa julgada, pelo desrespeito às decisões judiciais definitivas; o princípio da razoável duração do processo, já que, se os precatórios não são cumpridos, a prestação jurisdicional não é entregue.

Espero que, se for aprovada definitivamente a referida PEC, o Ministério Público e a OAB ingressem com ação direta de inconstitucionalidade.

Mas espero, principalmente, que os eleitores não reconduzam ao Congresso

os parlamentares que defenderam o imoral e indecente calote oficial. É essa a posição oficial do Conselho Superior de Direito da Fecomercio de São Paulo.