

aumento de arrecadação, o que vai de encontro com o ímpeto arrecadatório do Poder Executivo, e na contramão dos direitos fundamentais dos contribuintes.

Não somos, de forma alguma, contra o aumento da arrecadação *constitucional* de tributos. A arrecadação é saudável e necessária, desde que observe as prescrições constitucionais. O tributo, lembremo-nos, é uma das receitas derivadas que mantêm o Estado e possibilita o desempenho de seus serviços essenciais.

Mas há, ainda, outro problema. Parece-nos que por ocasião da análise da questão, o Supremo Tribunal Federal acabou por desempenhar tarefa de competência exclusiva do Poder Legislativo, na medida em que legisla positivamente, realizando profundas alterações estruturais na não cumulatividade do IPI, o que fere, também, o Princípio da Separação das Funções do Estado, presente no art. 2º do Texto Constitucional que é, inclusive, cláusula pétrea, conforme dispõe o inciso III do §4º do art. 60 da Constituição Federal.

Curitiba, 05 de agosto de 2011.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VALLE, Maurício Timm do. A não cumulatividade no IPI. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDI*, Belo Horizonte, ano 10, n. 57, p. 59-92, maio/jun. 2012.

Precatórios, Emendas Constitucionais nºs 30/00 e 62/09 e a violação de cláusulas pétreas financeiras

Gustavo da Gama Vital de Oliveira

Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
Procurador do Município do Rio de Janeiro.
Advogado no Rio de Janeiro.

Resumo: O trabalho examina a constitucionalidade das EC nºs 30/00 e 62/09 à luz das cláusulas pétreas financeiras da Constituição de 1988.

Palavras-chave: Precatórios. EC nºs 30/00 e 62/09. Violação de cláusulas pétreas.

Sumário: 1 Introdução – 2 Violação do Estado orçamentário: o precatório como despesa pública necessária – 3 A violação da cláusula pétrea da separação de poderes na seara das finanças públicas – 4 A violação da cláusula pétrea dos direitos individuais (art. 60, §4º, IV da CF) – 5 A declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da EC nº 30/00 pelo Supremo Tribunal Federal – 6 A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional pelo STF para invalidação das emendas constitucionais em exame

1 Introdução

O objetivo do trabalho é analisar a constitucionalidade das chamadas “mora-tórias dos precatórios”, que foram veiculadas por meio das EC nºs 30/00 e 62/09, à luz das decisões fundamentais adotadas pelo constituinte de 1988 na seara do direito financeiro, que constituem cláusulas pétreas, de forma a investigar se os limites materiais ao poder de reforma restaram violados, autorizando o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a inconstitucionalidade das mencionadas emendas.

Sem adentrarmos o exame detalhado de cada uma das complexas regras trazidas pelas Emendas nºs 30/00 e 62/09, o ponto principal que permeia as discussões envolvendo ambas as emendas e pretendemos responder é o seguinte: pode o constituinte derivado estabelecer critérios para o pagamento de precatórios que impliquem na dilação do prazo (parcelamento) para sua integral satisfação pela Fazenda Pública?

E, no que refere ao disposto no art. 97 do ADCT, acrescentado pela EC nº 62/09, pode o constituinte derivado possibilitar que os precatórios pendentes na data de promulgação da emenda sejam supostamente pagos pelo “regime especial” formado por “conta especial” que será formada por meio de depósitos mensais de valores correspondentes somente a percentual da receita corrente líquida dos entes políticos?

A opção adotada no presente trabalho será investigar a questão dos precatórios e o tratamento que vem sendo dispensado aos mesmos pelas emendas constitucionais sob a ótica do sistema de *finanças públicas adaptado pela Constituição de 1988*. Não descreveremos que o estudo do precatório (e seu descumprimento) é fenômeno multidimensional. É perfeitamente lícito concluir que o tratamento conferido aos precatórios pelas emendas constitucionais viola a cláusula pétrea da coisa julgada, que constitui um dos mais relevantes direitos individuais na seara processual. Tal tipo de investigação não será, contudo, o objetivo do presente trabalho, que pretende investigar no delineamento das questões envolvendo o precatório à luz das cláusulas pétreas financeiras.

2 Violação do Estado orçamentário: o precatório como despesa pública necessária

Partimos da constatação óbvia, mas relevante, de que o precatório judicial constitui, sob a ótica da Fazenda Pública devedora, uma *despesa pública*. O princípio da legalidade da despesa pública exige prévia autorização legal para a realização da despesa. O que fez a Constituição de 1988, desde a redação originária do art. 100, foi estabelecer um *procedimento* especial para a inclusão do precatório judicial na lei orçamentária, diverso de outras despesas públicas. Houve apenas a previsão de procedimento especial, o que não excepcionou a regra de que não há despesa pública sem prévia autorização legal (na lei orçamentária ou em lei de créditos adicionais).

O sistemático descumprimento pelos entes políticos da obrigação de efetivo pagamento de despesa pública constante dos precatórios, observado nos últimos anos, criou uma espécie de “orçamento paralelo”, constituído por despesas públicas supostamente facultativas, que poderiam ser cumpridas ou não de acordo com a disponibilidade de receitas efetivas alocadas na lei orçamentária.¹

A formação deste “orçamento paralelo” foi facilitada pelo baixíssimo índice de cultura orçamentária do povo brasileiro. Se não existe sequer enraizado em nosso

¹ Nesta linha, destacando que, na prática, a obrigatoriedade de inclusão de verbas para pagamento de precatórios prevista no art. 100, §1º da CF, tornou-se “discricionariedade ou até mesmo arbitrariedade” (VARGAS, Jorge de Oliveira; ULIANA JUNIOR, Laércio Cruz. *Precatório: moeda ou mero pedaço de papel?*. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, n. 41, p. 173-182, 2009).

povo a noção de necessidade de avaliação do controle do custo-benefício das despesas correntes, que afetam diariamente a vida de toda a coletividade (qualidade dos serviços públicos e das atividades de poder de polícia),² não é de estranhar que não tivesse ocorrido um clamor popular generalizado de reação ao descumprimento pelos entes políticos dos precatórios, que interessam, diretamente, apenas a seus beneficiários (ao menos aparentemente).

Soma-se a isso a noção consagrada de que a lei orçamentária, tal como interpretada atualmente no Brasil, possui caráter autorizativo, permitindo que o Chefe do Executivo possa deixar de realizar despesas que seriam apenas autorizadas pelo Legislativo.³ Embora seja evidente que a questão do orçamento autorizativo só diga respeito às despesas discricionárias (não se aplicando no caso de despesas obrigatórias — como são evidentemente os precatórios), o fato do Executivo não ser obrigado a cumprir integralmente o plano de despesas previsto na LOA contribuiu para a criação de certo clima de *normalidade* na falta de pagamento de despesas públicas consubstanciadas em precatórios.

O “orçamento paralelo” de precatórios inadimplidos foi ainda alimentado pela circunstância de que constitui despesa pública cuja decisão não teve a participação do Poder Legislativo. Assim, a mobilização dos membros desse poder para garantir, na própria elaboração da lei orçamentária, receitas que sejam capazes de suportar o dispêndio com precatórios não desperta o mesmo nível de empenho que uma

² Nesse ponto, é notável a diferença do Brasil com a experiência norte-americana, na qual questões relativas a finanças públicas (especialmente o tamanho das despesas públicas) fazem parte do cotidiano das discussões nacionais e são sempre um dos temas centrais nas campanhas para a Presidência da República, nas quais os democratas costumam propagar no sentido da elevação de despesas de cunho social (e consequente aumento do nível de tributação) e os republicanos defendem o corte de despesas públicas e a diminuição da carga tributária. O debate em torno dessas questões já começa a ganhar maior atenção da própria filosofia política, sendo importante ressaltar que Ronald Dworkin, em recente livro, em que revisita diversos conceitos elaborados ao longo de sua trajetória filosófica, aponta em diversas passagens que a questão acerca de qual deve ser o perfil das finanças públicas (relação entre tributação e despesas públicas) é uma das mais emblemáticas a indicar a diferença de pensamentos no cenário norte-americano. É significativa a passagem em que Dworkin afirma que a *liberdade é valor que todos os políticos prometem preservar; porém os mesmos divergem acerca de qual o seu verdadeiro conteúdo, pois uns entendem que a tributação destrói a liberdade enquanto outros acreditam que a tributação é justamente o meio do Estado garantir que as pessoas desfrutem de verdadeiras condições de liberdade. Justice for Hedgehogs* (Harvard University Press, 2011. Cap. 17). O filósofo já havia abordado o tema em obra anterior, *Is democracy possible here?: principles for a new political debate* (United Kingdom: Princeton University Press, 2006, p. 91-126).

³ Acerca da polêmica envolvendo as noções de orçamento autorizativo e orçamento impositivo, ver: MENDONÇA, Eduardo. *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil: devido processo orçamentário e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. especialmente p. 257 et seq.

despesa relativa a obra pública, no cálculo do benefício político que o parlamentar pretende obter.⁴

Despesas públicas que são criadas (por emendas ao orçamento) ou apoiadas pelo membro do Legislativo despertam muito mais atenção dos parlamentares, seja no momento da elaboração da lei orçamentária (buscando viabilização de receita que possa custear aquela despesa), mas também no momento da execução orçamentária, de forma a assegurar que o Executivo efetivamente realize a despesa, considerando o caráter autorizativo do orçamento no Brasil.

A postura de descaso adotada por diversos governos com relação às dívidas de precatórios viola de forma flagrante o princípio da sinceridade do processo orçamentário, apontado por Marco Antônio Ferreira Macedo como um dos principais pilares necessários para a “reconstrução republicana do orçamento”.⁵ No caso brasileiro, a forma pouco responsável como diversos governos trataram a questão dos precatórios pode ser encarada como um exemplo eloquente de como a ideia da sinceridade orçamentária precisaria realmente ser levada a sério em nosso país.

Na mesma linha, o tratamento conferido aos precatórios viola ainda o princípio da universalidade orçamentária, que preconiza que todas as receitas e despesas públicas precisam estar previstas na lei orçamentária. Trata-se de princípio fundamental para que o orçamento possa cumprir sua finalidade de previsão e racionalização da atividade financeira do Estado. Como destaca Fritz Neumark, a violação do princípio da universalidade torna impossível à representação popular possuir conhecimento total das verdadeiras forças e limites da atividade financeira estatal.⁶

Rui Barbosa, como Ministro da Fazenda, participando de debates com parlamentares acerca da organização das finanças republicanas, em 1890, já alertava para a circunstância de que o orçamento é composto de algumas despesas “necessárias, sagradas e fatais” e que é dever do governo encontrar caminhos no campo da receita capaz de custeá-las. Vale mencionar trecho de seu pronunciamento:

⁴ Tal circunstância é bem ressaltada por Nelson Nascimento Diz, *Precatórios: o calote do executivo, a cumplicidade do legislativo e a visão formalista do judiciário*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v. 16, 2009.

⁵ MACEDO, Marco Antônio Ferreira. *A reconstrução republicana do orçamento: uma análise crítico-deliberativa das instituições democráticas no processo orçamentário*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2008. f. 329.

⁶ NEUMARK, Fritz. *Teoría y práctica de la técnica presupuestaria*. In: GERLOFF, Wilhelm; NEUMARK, Fritz (Org.). *Tratado de Finanzas*. Buenos Aires: El ateneo, 1961. t. I, p. 298 *apud* SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Contribuições e vinculação de sua receita*. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2004. v. 8, p. 30.

Há despesas necessárias, sagradas, fatais no orçamento das nações; e é só depois de ter avaliado a importância desses sacrifícios inevitáveis, que o legislador vai fixar a receita. As nações não podem eximir-se a encargos, quando as necessidades de sua existência lhes impõem. Sua condição não é idêntica à do pai de família, à do indivíduo previdente e morigerado, que pode até reduzir-se à fome, para manter a sua honra e satisfazer os seus compromissos.⁷

3 A violação da cláusula pétreia da separação de poderes na seara das finanças públicas

O art. 60, §4º, III, da CRFB 88 institui a separação de poderes como cláusula pétreia. Na seara das finanças públicas, a lei orçamentária é a manifestação mais eloquente da noção de separação de poderes no Estado de Direito.⁸ É por seu intermédio que Legislativo e Executivo decidem acerca do destino das receitas públicas (compostas especialmente pelos tributos). Não por outra razão, a participação do Legislativo no poder de decisão acerca do destino dos recursos públicos já era motivo de preocupação de Montesquieu,⁹ o que prova que finanças públicas e separação de poderes são ideias que sempre caminharam juntas, desde o advento do Estado de Direito.

A separação de poderes, em matéria orçamentária, implica o dever constitucional de que Executivo e Legislativo decidam acerca da realização de todas as despesas públicas. A função desses poderes não se limita, é claro, à definição da forma de custeio das despesas públicas de “maior visibilidade popular” (obras públicas, pagamento de servidores públicos). O ente político, no Estado de Direito, possui deveres que precisavam ser cumpridos em respeito à legalidade a que está submetido. Isso inclui também as despesas que poderíamos chamar de “despesas de menor visibilidade popular”, como os serviços da dívida pública e os precatórios.

O orçamento, na feliz definição de Martinez Lago, deve ser verdadeiro “ato compartilhado”,¹⁰ não sendo o resultado do exercício exclusivo de nenhum dos poderes. É o momento apropriado para que Executivo e Legislativo discutam em conjunto, de forma responsável, de que forma serão custeadas as despesas necessárias. Emblemático nesse sentido é o texto da Constituição dos Estados Unidos, que, em seu art. 1º, seção 8º,

⁷ BARBOSA, Rui. *Obras completas*. Ministério da Educação, 1890. v. 17, t. I, p. 178.

⁸ “A Constituição Orçamentária ‘constitui’ o Estado Orçamentário, que é a particular dimensão do Estado de Direito apoiado nas receitas, especialmente a fiscal, como instrumento de realização das despesas” (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 10).

⁹ “Se o poder legislativo estatui, não de ano em ano, mas para sempre, sobre a arrecadação dos dinheiros públicos, corre o risco de perder sua liberdade, porque o poder executivo não dependerá mais dele (...)” (MONTESQUIEU. *O espírito das leis*: Livro XI, cap. VI).

¹⁰ LAGO, Miguel Angel Martínez. *Ley de presupuestos y Constitución: sobre las singularidades de la reserva de la ley en materia presupuestaria*. Madrid: Trotta, 1998. p. 155.

declara que o Congresso possui o poder de lançar tributos e também "pagar dívidas e promover a defesa comum e o bem-estar geral dos Estados Unidos."

A CRFB 88 também possui dispositivo explícito que reforça a noção, óbvia, de que é papel da lei orçamentária anual dispor acerca de todas as despesas públicas, inclusive despesas de menor visibilidade popular. É eloquente, nesse sentido, a regra disposta no art. 166, §3º, III, que veda emendas parlamentares ao orçamento que incidam sobre "serviços da dívida". O objetivo é claro: impedir que o Legislativo pretenda incluir despesa pública, ainda que meritória (ex. obra pública importante) em detrimento de uma despesa que precisa ser honrada pelo ente político em decorrência de sua vinculação à legalidade (cumprimento de obrigações provenientes da dívida pública). A mensagem que o constituinte quis nos legar foi clara: na elaboração da lei orçamentária, responsabilidade é dever.

Ora, a regra do art. 100 da CF 88 também procurou designar a obviedade de que Executivo e Legislativo deveriam, na elaboração da lei orçamentária, decidir acerca dos recursos públicos que devem custear tais despesas. E, na hipótese do precatório, há um componente que reforça a responsabilidade do Executivo e Legislativo — a circunstância importante de que se trata de despesa pública cristalizada por intermédio de ato do Poder Judiciário. Afinal, como destacava com argúcia Edgard Allix, os impostos servem não apenas para custear os serviços do Estado, mas também para pagar pelos seus erros.¹¹

É certo que a doutrina tradicional do direito financeiro destaca o caráter essencialmente político da despesa pública, de forma que cabe aos poderes eleitos a decisão de gastar os recursos arrecadados.¹² Mais recentemente, contudo, a doutrina destaca que o caráter político da despesa pública deve ser compatibilizado com as diretrizes constitucionais, que estabelecem parâmetros obrigatórios para determinação das decisões acerca do gasto público. Nesta linha, como sustenta Cristina Chulvi,¹³ a decisão do gasto público está submetida aos preceitos constitucionais, de forma que já não se pode dizer que obedece apenas a parâmetros políticos. Sendo assim, abre-se a possibilidade para que o Tribunal Constitucional possa reconhecer não só a inconstitucionalidade de leis que manifestem gastos que contrariem proibições constitucionais, como também que seja reconhecida a inconstitucionalidade por omissão do legislador

¹¹ *Traité élémentaire de sciences des finances et de législation financière française*. Paris, 1932, p. 450 apud BALEEIRO, Allomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Atualizada por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 88.

¹² SAINZ DE BUJANDA, F. *Organización política e derecho financiero. Hacienda e Derecho*, Madrid, IEP, v. 1, p. 327, 1955. Na doutrina brasileira: BALEEIRO, Allomar. *Uma introdução à ciência das finanças*, atual. por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 88.

¹³ CHULVI, Pauner Cristina. *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 200.

que deixa de alocar recursos públicos para despesas que são obrigatórias de acordo com a Constituição.

No Direito Financeiro, a separação de poderes representa verdadeiro princípio estrutural do orçamento.¹⁴ É verdade que a construção do conteúdo mínimo da separação de poderes que representa cláusula pétrea para efeito do art. 60, §4º, III, da CRFB 88 não pode ser guiada por modelos ideais, pois o princípio encontra peculiaridades que variam de acordo com a época e o país. O trabalho de definição da cláusula pétrea financeira prevista no art. 60, §4º, III, da CF, deve passar, portanto, pela definição do grau de restrição das competências típicas e da independência orgânica de cada poder que as emendas constitucionais podem acarretar sem ferir o núcleo essencial da noção de separação de poderes.

Assim sendo, será lícito questionar a constitucionalidade na seara financeira de emenda constitucional que procure esvaziar completamente a função típica exercida pelo Judiciário. Na hipótese, em exame, as emendas constitucionais em análise limitam de forma intensa a eficácia da autoridade da coisa julgada proferida na ação judicial,¹⁵ pois retiram o seu principal atributo prático para o beneficiário do precatório: a disponibilidade financeira da quantia em dinheiro a que foi condenada a Fazenda Pública.¹⁶ No "regime especial" de pagamento de precatórios, instituído pela EC n.º 62/09, a decisão judicial transitada em julgado será atendida apenas nos limites estipulados pelos critérios preconizados, relativos aos percentuais da receita corrente líquida do ente público. Os valores das condenações podem ainda sofrer significativa diminuição por meio dos leilões ou dos acordos diretos celebrados entre o beneficiário do precatório e o ente político. Em outros termos, o efetivo cumprimento da autoridade integral da despesa pública formada a partir do processo judicial (manifestação típica

¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 5, p. 210: "A separação de poderes é um dos princípios estruturais mais importantes para a Constituição Orçamentária, tal o seu peso sobre outros princípios de justiça e segurança."

¹⁵ NASCIMENTO, Carlos Valder. A inconstitucionalidade da EC n.º 62 dos precatórios. In: NASCIMENTO, Carlos Valder; JUSTEN FILHO, Marçal. *Emenda dos precatórios: fundamentos de sua inconstitucionalidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 16: "Há uma usurpação do ato jurisdicional quando se lhe tolhe os efeitos jurídicos por ele a ser irradiados. Decerto, nítido é o caráter derogatório da autoridade imaneente do ato sentencial, na medida em que o ato administrativo atua como contenção da manifestação decisória do Judiciário."

¹⁶ Isabel Vaz "Os valores retidos pelos Estados e Municípios representam bens — dinheiro, moeda corrente — que são suporte de direitos de propriedade e aos quais fizeram jus, por decisão de um dos Poderes da República, o Poder Judiciário, os titulares dos precatórios. Retidos indevidamente, esses bens, retirados de circulação e subtraídos à administração de seus legítimos titulares, resta prejudicada, também, a livre iniciativa, que depende de financiamento para se viabilizar" (O Estado de Direito e a questão dos precatórios. In: VAZ, Orlando [Coord.]. *Precatórios: problemas e soluções*. Belo Horizonte: Centro Jurídico Brasileiro; Del Rey, 2005, p. 177).

do Judiciário) passa a depender em grande medida da decisão política adotada pelo Executivo e Legislativo,¹⁷ concentrando neste o poder de adotar meios de reduzir a eficácia integral da decisão judicial.¹⁸ Tal concentração de poder é incompatível com o núcleo básico da ideia de separação de poderes, cujo escopo principal é justamente evitar a concentração de poder.¹⁹

Mas a separação de poderes não é violada somente pela retirada da eficácia prática de competência típica do Judiciário. Ao instituir regime "alternativo" para a quitação de dívidas provenientes de precatórios, o Poder Legislativo está abdicando de um dever institucional que é irrenunciável: construir, em conjunto com o Executivo, a solução para o adimplemento de parcelas das dívidas estatais, que precisam ser equacionadas por meio do procedimento orçamentário.

Além disso, o trabalho de densificação da cláusula pétrea do art. 60, §4º, inciso III, da CF não pode ser limitado à análise da dimensão mais tradicional do princípio, que é a negativa, ligada à noção da necessidade de impedir o arbítrio de um dos poderes. Deve ser abordada ainda a *faceta positiva* que o mencionado princípio experimenta no direito contemporâneo, que advoga a adoção de uma postura de cooperação recíproca entre os três poderes para a manutenção do Estado democrático de direito. E, nesse ponto, é lícito concluir que o esvaziamento da força das decisões judiciais manifestadas nos precatórios viola a própria noção de Estado de Direito.

Como afirma Sainz de Bujanda, a atividade financeira do estado é regida pelo Estado de Direito, de forma que toda atividade administrativa deve encontrar subordinação ao ordenamento jurídico.²⁰ A forma como o poder reformador tratou da questão dos precatórios viola o Estado de Direito. Não se nega que o conceito é extremamente controverso na filosofia política contemporânea. Mas, no caso em exame, o abuso do Poder Legislativo é tão evidente que dispensa o trabalho de definição dos contornos mais exatos do que seja Estado de Direito. Basta observar os contornos mais gerais do conceito.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Emenda Constitucional nº 62/2009: Estado Democrático de Direito e responsabilidade civil do Estado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder; JUSTEN FILHO, Marçal. *Emenda dos precatórios: fundamentos de sua inconstitucionalidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 75; "Trata-se de submeter a eficácia das decisões jurisdicionais a um juízo de conveniência e oportunidade atribuído à titularidade do Poder Legislativo."

¹⁸ A petição inicial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados na ADIN nº 4.357 proposta contra a Emenda Constitucional nº 62/09 destaca com propriedade que a instituição de tais "leilões" consiste em verdadeira afronta à autoridade do Poder Judiciário: "Com todo respeito, é a instituição oficial da 'pechincha' da sentença judicial, em verdadeira banca de negociata e absoluto amesquamento da autoridade do comando judicial."

¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 402: "A significação histórica do princípio chamado 'separação de poderes' encontra-se precisamente no fato de que ele opera antes contra uma concentração que a favor de uma separação de poderes."

²⁰ SAINZ DE BUJANDA, F. *Introducción al derecho financiero de nuestro tiempo*. *Hacienda e Derecho*, Madrid, IEP, v. 2, p. 154-156, 1962.

Tom Bingham, embora reconheça a dificuldade de definir todos os aspectos que podem caracterizar o Estado de Direito, sugere que ao menos deve ser reconhecida, no núcleo do conceito, a noção de que *todas as pessoas públicas e privadas que existem em um país estejam submetidas aos ditames de uma lei publicamente elaborada e que estejam submetidas à decisão do Poder Judiciário*.²¹ Para Brian Z. Tamanaha, a ideia do Estado de Direito deve ser alimentada pelo reconhecimento de que é necessário assegurar que o Poder Judiciário detenha um grau de independência em relação aos demais poderes do Estado suficiente para que estes possam ser responsabilizados por seus atos, a partir das decisões judiciais que sejam efetivamente respeitadas, por serem adotadas com base na lei do país.²²

Em linha semelhante, a Comissão de Venezuela produziu recentemente documento²³ que elenca algumas características que precisam ser verificadas para que determinado regime possa ser considerado como Estado de Direito. O Estado, a exemplo de todo cidadão, precisa respeitar o princípio da legalidade. O Estado possui o dever de aplicar a lei de forma consistente e constante (item 43). Julgamentos finais proferidos pelas cortes de Justiça precisam ser respeitados e cumpridos (item 45). Decisões judiciais precisam ser efetivamente implementadas (item 58). Qual o reflexo dessas conclusões no campo das finanças públicas? Decisões proferidas pelo Judiciário que impliquem em condenações pecuniárias contra a Fazenda Pública precisam ser adimplidas.²⁴ E a maneira que o Estado de Direito adotou para a solução das questões envolvendo o equacionamento entre a receita e despesa pública é o processo orçamentário.

4 A violação da cláusula pétrea dos direitos individuais (art. 60, §4º, IV da CF)

O esvaziamento prático da plena eficácia dos comandos que emergem das decisões judiciais, perpetrado pelas emendas constitucionais, afeta também a seara dos direitos e garantias individuais. Há diversos direitos fundamentais que são violados na hipótese.

De forma exemplificativa, é lícito dizer que o direito ao devido processo legal (art. 5º, LV) é nitidamente afetado, pois o beneficiário da sentença judicial, mesmo

²¹ BINGHAM, Tom. *The Rule of Law*. London: Penguin Books, 2011. p. 8.

²² TAMANAHA, Brian Z. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge University Press, 2004, p. 117.

²³ Estudo 512/2009, 28 de março de 2011 (On the rule of law). Disponível em: <<http://www.venicecoe.int>>.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Emenda Constitucional nº 62/2009: Estado Democrático de Direito e responsabilidade civil do Estado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder; JUSTEN FILHO, Marçal. *Emenda dos precatórios: fundamentos de sua inconstitucionalidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 74: "Não há Estado de Direito quando o Estado se submete apenas à competência cognitiva, mas não à competência executória da jurisdição."

depois de percorrer todos os procedimentos legais para atingir a coisa julgada, vê a eficácia prática de a sentença judicial ser mitigada absurdamente. Tal situação também viola o direito fundamental à segurança jurídica (art. 5º, *caput*), pois no Estado de Direito constitui expectativa legítima de todo cidadão a certeza de que, ao submeter uma demanda ao Judiciário, a decisão adotada será cumprida.²⁵ O próprio direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF 88) pode ser tido como violado, pois a decisão judicial transitada em julgado que determina o pagamento ao beneficiário do precatório é equivalente ao reconhecimento de que tal quantia deve integrar o patrimônio da pessoa beneficiada. A coisa julgada, que possui a faceta de direito individual (art. 5º, XXXVI, CF), também é violada.

Cabe notar que a violação à citada cláusula pétrea efetuada pelas emendas constitucionais não se dá apenas pela violação do *direito do beneficiário* que deixa de receber o precatório. Não é apenas o aspecto do direito individual como *direito de defesa* em face da ação/omissão estatal que está sendo violado. Como aduz Gilmar Mendes, há direitos que dependem da atuação do legislador para regular os procedimentos que irão concretizar o gozo do direito pelo titular, o que se denomina como direito à organização e ao procedimento.²⁶ Também há nítida violação à própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais mencionados. Os direitos fundamentais não asseguram apenas posições jurídicas subjetivas dos indivíduos em relação ao Estado, mas também veiculam verdadeira ordem objetiva de valores que deve orientar a ação de todos os poderes públicos em prol de sua concretização.²⁷ A dimensão objetiva dos direitos fundamentais constitui uma das ideias que dão suporte teórico ao próprio dever de proteção estatal de adotar medidas que impeçam a violação dos direitos fundamentais por parte de terceiros, inclusive particulares.²⁸

Não há dúvidas de que as normas trazidas pelas emendas constitucionais tocaram os direitos fundamentais já mencionados. Todavia, de acordo com a doutrina constitucionalista majoritária, não é suficiente, para o reconhecimento da inconstitucionalidade

²⁵ "Essa certeza inspira um relevante sentimento nos cidadãos, qual seja, a convicção de que, se ocorrerem conflitos, eles serão resolvidos segundo o disposto na lei previamente aprovada e publicada. O cidadão possui a convicção de que a lei produzida (cuja norma descreve situações e, ante a ocorrência dessas, prescreve efeitos — direitos e deveres) será o instrumento utilizado pelo órgão competente — Poder Judiciário — como critério para a solução dos conflitos. Eis a *previsibilidade jurídica*" (QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. Aplicabilidade do princípio da irretroatividade à jurisprudência dos tribunais. In: BARRETO, Aires Bernardino et al. Congresso do IBET III: interpretação e Estado de direito. São Paulo: Noeses, 2006, p. 476).

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 205-206.

²⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 458.

²⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 161.

de emenda constitucional com fulcro na violação do limite material do art. 60, §4º, IV da CF que o ato do constituinte derivado tenha tocado nos direitos fundamentais. É mister desenvolver uma argumentação metodologicamente consistente que venha a perquirir acerca do grau de restrição que a emenda constitucional acarretou ao suposto direito violado.

Como ressalta Carbonell, o intérprete constitucional dos direitos fundamentais precisa ter o cuidado de não "disfarçar" como decisão do constituinte originário alguma conclusão que foi atingida a partir de considerações adotadas com base em critérios eminentemente pessoais.²⁹ Nessa linha, é razoavelmente pacífico na doutrina constitucional o entendimento de que as cláusulas pétreas não impedem que o constituinte derivado *incursione* nas matérias descritas no art. 60, §4º. O que se busca retirar do constituinte derivado não é o poder de *tratar* das matérias ventiladas no dispositivo, mas somente que as alterações promovidas pela emenda constitucional não venham a ferir o *núcleo essencial* dos princípios e institutos neles versados,³⁰ o que significa dizer que além deste núcleo há um espaço de conformação no qual deve ser privilegiada a atuação do legislador.³¹ Tal doutrina encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.³²

Em outros termos, a questão principal a ser debatida não consiste em saber se as inovações veiculadas pelas emendas constitucionais atingiram os direitos fundamentais mencionados e sim *investigar se o grau de restrição que a emenda constitucional produziu nos direitos chegou ao ponto de atingir o núcleo essencial dos mesmos, violando o princípio da proporcionalidade, a ponto de ser possível concluir que houve efetiva violação de cláusula pétrea*.

Tudo o que se aduziu até o momento caminha para a conclusão de que é impossível delinear os contornos das cláusulas pétreas financeiras, especialmente com fulcro no art. 60, §4º, IV da CF, sem utilizar o instrumental da teoria geral dos direitos fundamentais, principalmente

²⁹ CARBONELL, Miguel. Nuevas formas de proteger los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*. Cidade do México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008. p. 9.

³⁰ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. As limitações constitucionais ao poder de tributar e o alcance do núcleo intangível da Constituição. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 3, n. 16, p. 5, nov./dez. 2005: "(...) a Constituição não pretende que as instituições arroladas, no seu inciso IV do §4º do art. 60, sejam insuscetíveis de alterações, pois, quando há exigência de tendência a abolir significa que pode, ainda, haver alterações toleráveis até imediatamente antes do ponto em que se caracteriza a tendência à abolição".

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 169-170.

³² Nesta linha, voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADIN nº 3.128-7 (DJ, 18 fev. 2005), asseverando que as cláusulas pétreas constituem "instrumento hermenêutico poderoso, de extrema utilidade para a preservação do núcleo essencial de valores constitucionais".

as lições da doutrina mais atual acerca das restrições aos direitos fundamentais e dos limites legítimos das próprias restrições (os limites dos limites).

Ao admitir a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais, já estamos implicitamente adotando a denominada *teoria externa* dos limites dos direitos fundamentais. Como é cediço, no tema dos limites dos direitos fundamentais, há duas correntes principais. A *teoria interna* nega a possibilidade de limitações externas aos direitos fundamentais,³³ pois entende que a tarefa do legislador está circunscrita ao trabalho de delimitação dos contornos do direito constitucionalmente previsto. A *teoria externa* admite que os direitos fundamentais possam sofrer restrições em razão de seu conflito com outros direitos fundamentais ou bens constitucionais, sendo que a legitimidade de tais restrições é aferida principalmente pela ferramenta metodológica do princípio da proporcionalidade.³⁴

Não há espaço no presente trabalho para abordar todas as ricas nuances das duas teorias. Parece relevante, contudo, justificar os motivos pelos quais parece ser recomendável a adoção da teoria externa. Como bem aduzido por Jane Pereira, a concretização satisfatória dos postulados da teoria interna pressupõe a possibilidade de determinação objetiva dos contornos dos direitos fundamentais, o que é difícil de ser aceito considerando o elevado grau de indeterminação de que é dotada a maioria das normas constitucionais relacionadas aos direitos fundamentais. Além disso, a metodologia adotada pela teoria interna, baseada em formulações puramente conceituais dos direitos fundamentais, pode conferir uma discricionariedade maior ao Judiciário, se comparada com a metodologia da teoria externa, que obriga o Judiciário a considerar todos os bens jurídicos em jogo, guiado pelo princípio da proporcionalidade.

Desta forma, assentada a tese de que as emendas constitucionais importaram em restrições aos direitos fundamentais mencionados, a questão a ser enfrentada consiste em saber se tais restrições foram legítimas, ou seja, se atenderam aos chamados “limites dos limites”, especialmente o princípio da proporcionalidade. Examinemos, portanto, se as regras trazidas com as emendas constitucionais que cuidaram do tema dos precatórios inadimplidos observaram o postulado da proporcionalidade, de forma a concluir se a restrição aos direitos fundamentais que ocasionaram foi legítima.

O beneficiário do precatório, após submeter-se aos trâmites normais de um processo (direito ao devido processo legal) obteve do Judiciário uma decisão definitiva (direito de observância da coisa julgada) que obriga o Estado a pagar determinada quantia em dinheiro que deve ingressar em seu patrimônio (direito de propriedade).

³³ ALEXV, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 277.

³⁴ Para o exame detalhado do tema, ver: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 140-193.

Para que fosse possível dizer que os direitos fundamentais que estão conjugados nesse cenário foram plenamente eficazes, a providência de que deveria exigir do Estado é uma só: a realização de despesa pública de cunho obrigatório que satisfaça a obrigação de pagar a quantia em dinheiro ao beneficiário do precatório de forma integral.

As emendas constitucionais em exame foram editadas com a justificativa de que, diante do cenário de inadimplemento generalizado de vários entes políticos no pagamento de precatórios, a quitação integral do estoque de precatórios inadimplidos era impossível de ser realizada, sob pena de o ente político deixar de cumprir outras obrigações de natureza constitucional (aplicação de recursos em saúde e educação, pagamento de servidores públicos, etc.).

Logo, os mecanismos de parcelamento e de dilação de prazos de pagamento dos precatórios foram apresentados como o caminho para que *pudesse ser atingida a finalidade de equacionar, ainda de que de forma paulatina, o saldo devedor de precatórios*. Esta é, portanto, a finalidade alegadamente perseguida pelo constituinte derivado e que justificaria a restrição aos direitos fundamentais dos titulares de precatórios. Resta saber, portanto, se tais restrições obedeceram a lógica da proporcionalidade.

A primeira dimensão da proporcionalidade é o subprincípio da idoneidade ou adequação. Significa que o fim almejado pelo legislador (no caso, o equacionamento das dívidas com precatórios) que editou a norma restritiva de direito não seja constitucionalmente vedado e que seja instrumentalmente adequado para atingir o fim buscado.³⁵ Prevalece na doutrina e na experiência jurisprudencial a ideia de que a idoneidade deve ser analisada a partir de uma “concepção débil”, ou seja, a medida legislativa que promove a restrição do direito fundamental será considerada idônea se contribuir de alguma forma para o atendimento do fim almejado, *ainda que o fim seja implementado apenas de forma parcial*. Trata-se de noção que deságua em uma faceta negativa do subprincípio da idoneidade, no sentido de que o Judiciário só pode julgar inidôneos meios que se relevem completamente inócuos para o atingimento do fim almejado pelo legislador, a partir do exercício de uma “lógica da evidência”.³⁶

O parcelamento em dez anos regulado pela EC n.º 30/00 e o “regime especial” instituído pela EC n.º 62/09 (pagamento gradativo de acordo com depósitos de percentuais da receita corrente líquida) contribuem para o atingimento do fim preconizado? A resposta parece ser afirmativa. Diante do cenário inusitado de descumprimento generalizado dos precatórios, nos quais alguns entes públicos simplesmente deixavam de

³⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 327.

³⁶ *Ibid.* 330. No mesmo sentido, SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 170.

pagar *qualquer valor* referente a tais dívidas, as providências ventiladas pelo constituinte derivado procuram assegurar que as dívidas dos entes públicos sejam quitadas, ainda que de *forma gradativa*.

No que se refere à segunda dimensão da proporcionalidade, que é o subprincípio da necessidade, cumpre verificar se as medidas adotadas pelas emendas constitucionais configuraram a forma menos lesiva aos direitos fundamentais que seria apta a atingir o fim colimado. Como destaca a doutrina, o referido exame exige que o intérprete aponte meios alternativos para atingir a finalidade perseguida pela lei restritiva que sejam dotados de idoneidade equivalente ou superior daqueles efetivamente empregados pelo legislador da norma restritiva e que sejam ao mesmo tempo menos onerosos e lesivos aos direitos fundamentais atingidos.³⁷ Aqui também é preciso assegurar margem de discricionariedade razoável ao legislador democrático (especialmente, no caso de emendas constitucionais, aprovadas por maiorias qualificadas), pois será sempre possível imaginar variados meios capazes de atingir o fim colimado. Em atenção ao princípio democrático, a lógica que deve imperar, também nesse caso, é baseada em juízo de evidência, de modo que a invalidade da emenda constitucional só poderá ser reconhecida quando for possível vislumbrar meios manifestamente menos onerosos aos direitos fundamentais do que aqueles adotados pelo Legislador.³⁸

No caso dos precatórios inadimplidos, a questão demanda ainda mais cautela no que se refere ao exame de necessidade, visto que se está diante de um problema em que a finalidade perseguida pela lei restritiva dos direitos fundamentais (pagamento do estoque de dívidas pretéritas) somente será atingida plenamente mediante a existência de recursos financeiros públicos disponíveis.

Em resumo, diante da existência de valor considerável de dívidas inadimplidas, o constituinte derivado optou por utilizar os meios mais costumeiros que são usados pelos devedores comuns para suportar o pagamento de dívidas: alongamento do prazo, parcelamento, e, no caso da EC nº 62/09, até a negociação direta com o credor para a redução do valor da dívida. Mas não há dúvida de que nesses casos há inegável restrição aos direitos fundamentais dos credores de precatórios. É possível imaginar, nessa hipótese, meios alternativos com idoneidade equivalente ou superior para atingir a mesma finalidade?

Em se tratando de finanças públicas, o leque de opções é vasto, pois a obtenção de disponibilidade financeira pelo Estado para saldar dívidas pode ocorrer de variadas formas: emissão de moeda, corte de gastos públicos, aumento de tributos, assunção de novas dívidas, com prazo de amortização alongado, para pagamento imediato de obrigações pretéritas, etc. E é indubitável que, atingida a disponibilidade financeira por

³⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 340.

³⁸ SANCHIS, Luis Prieto. El juicio de ponderación constitucional. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*. Cidade do México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008. p. 101.

intermédio da adoção de uma dessas medidas, capaz de suportar o pagamento dos precatórios, seria possível dizer que tais medidas constituiriam meios alternativos que implicariam em grau de restrição dos direitos fundamentais dos credores de precatórios bem menor do que o verificado por meio das emendas constitucionais promulgadas. Seria lícito concluir, nesta linha, que o subprincípio da necessidade teria sido violado?

Embora a resposta positiva a tal pergunta seja a mais tentadora, não se pode negar que tal posicionamento gera questionamentos de difícil solução. Em um estado democrático, as decisões fundamentais acerca da atividade financeira do Estado (envolvendo questões de receita, despesa e crédito público) devem ser reservadas precipuamente às instâncias políticas eleitas. É evidente que não se trata de seara completamente infensa (como nenhuma outra pode ser) à intervenção judicial. Mas nesse campo, a intervenção judicial que invalide medidas adotadas pelo legislador ao argumento de que haveria medidas menos restritivas aos direitos fundamentais afetados não pode ser a regra. Aqui não basta que o juiz constitucional aponte medidas alternativas que poderiam solucionar o problema dos precatórios sem atentar para a efetividade viabilidade das medidas as consequências sistêmicas que tais medidas poderiam gerar, pois é cediço que ambivalência das decisões estatais, especialmente em matéria de finanças públicas, é elemento marcante do estado da sociedade de risco.³⁹

Nesta linha, o juiz constitucional poderia invocar o subprincípio da necessidade para apontar que a solução para as dívidas dos precatórios seria a emissão de moeda, meio menos restritivo para os direitos fundamentais dos credores, quando a ciência das finanças e a economia apontam que tal medida alimenta a espiral inflacionária do país, que acaba afetando toda a sociedade? Além disso, a emissão de moeda é privativa da União Federal, de sorte que sequer se poderia cogitar de tal alternativa em relação aos estados e municípios, que são os maiores devedores de precatórios do país.

O juiz constitucional poderia apontar no sentido de que as medidas adotadas pelas emendas constitucionais ofenderiam a proporcionalidade (na dimensão da necessidade), pois a solução menos gravosa aos direitos fundamentais dos credores de precatórios seria o corte de algumas despesas públicas? A pergunta que viria em seguida

³⁹ RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte: legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 54: "Nesse cenário em que as despesas estatais são custeadas por receitas públicas, em especial os tributos, que por sua vez não de ser, no Estado capitalista, inexoravelmente suportados pela sociedade, a questão passa a ser quem vai pagar, e quanto cada um vai pagar. Assim, a concessão de um benefício fiscal para um determinado grupo de contribuintes vai representar um aumento de ônus para aqueles que não foram beneficiados pela medida, pois se a despesa pública não é diminuída pela desoneração fiscal, o Estado vai ter que escolher entre dois caminhos: buscar o aumento de receita em outro segmento, ou frustrar prestações estatais que provavelmente terão como beneficiários outras pessoas."

seria: quais despesas, considerando que a própria Constituição Federal obriga os entes políticos a garantir a aplicação de recursos mínimos em áreas como saúde e educação?

De modo semelhante, se o juiz constitucional cogitasse que o aumento dos tributos seria o meio menos gravoso para os direitos fundamentais dos credores de precatórios, tal afirmativa seria acompanhada de diversos questionamentos difíceis de solução. Haveria espaço, no Brasil atual, para o aumento da carga tributária, considerando que há razoável consenso em torno da ideia de que a tributação possui um limite que, ultrapassado, inviabiliza ou torna muito difícil o desenvolvimento da economia?⁴⁰ Que tributos seriam aumentados ou criados? Hoje é inegável que a carga tributária está concentrada em grande parte no Governo Federal, que também possui exclusividade para o exercício da competência tributária residual (art. 154, I, CF). Mas a União Federal não se encontra na situação de insolvência com os precatórios, pois tal realidade atinge apenas alguns estados e municípios. Os estados da federação são os maiores devedores de precatórios, mas seu principal imposto de relevância arrecadatória — o ICMS — sofre diversas restrições estabelecidas na própria Constituição Federal e em leis complementares, de forma que há muito pouco espaço concebível para a utilização de tal tributo com a finalidade de aumento de arrecadação.

E que dizer da alternativa do crédito público? Isto é, se o juiz constitucional cogitasse que o meio menos gravoso para os direitos fundamentais dos credores de precatórios seria a contratação de operações de crédito ou a emissão de títulos públicos por parte dos entes políticos devedores? Também nessa hipótese, considerando que estados e municípios são os devedores dos precatórios, cogitar de tal alternativa seria problemática, visto que, em matéria de crédito público, estados e municípios precisam observar os rigorosos limites e condições impostos pelo Senado Federal, que recebeu tal atribuição da Constituição Federal.⁴¹

É no terceiro subprincípio da proporcionalidade — a proporcionalidade em sentido estrito — que as restrições aos direitos fundamentais implementadas pelas emendas constitucionais em exame parecem não encontrar justificativa.

A proporcionalidade em sentido estrito propõe a avaliação acerca do custo-benefício entre a finalidade buscada pelo legislador da norma restritiva e o grau de

⁴⁰ Marcelo Guerra Martins, defendendo a ideia da menor inibição possível da atividade econômica legal como um dos fundamentos da democracia fiscal, ressalta que o exagero da tributação pode chegar ao ponto de desestimular a continuidade dos negócios legais, de forma que a arrecadação tributária possa cair de forma severa como resultado do aumento da sonegação fiscal, de acordo com a lógica da chamada "curva de Laffer" (MARTINS, Marcelo Guerra. *Tributação, propriedade e igualdade fiscal: sob elementos de direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 232).

⁴¹ Art. 52, V, VI, VII, VIII, IX.

comprometimento ou restrição dos direitos fundamentais em jogo. Como destaca Sanchis,⁴² nesta etapa, ao contrário das etapas anteriores (adequação e necessidade) nas quais a dimensão empírica é marcante, o juiz constitucional é chamado a proferir juízos de valor eminentemente jurídicos, de forma a decidir acerca do grau de relevância dos direitos fundamentais em jogo, a medida de suas restrições promovidas pelos atos normativos e as finalidades buscadas pelo Legislador.

Trata-se de juízo complexo, que envolve não apenas a mensuração que os direitos fundamentais sofrem com a medida restritiva, mas também demanda do intérprete a consideração acerca da importância material que os bens jurídicos em jogo possuem na escala axiológica constitucional. Tais valores, como destaca Jane Pereira, devem ser considerados também à luz das peculiaridades de cada sistema jurídico-constitucional específico.⁴³

Nesta linha, precatório judicial que não é pago em prazo razoável equivale a *descumprimento de ordem emanada do Poder Judiciário* por parte dos poderes Executivo e Legislativo. Como sabemos, a história política do Brasil é marcada por diversos episódios em que decisões judiciais não tiveram o condão de conter os atos de vontade dos governantes, mesmo em detrimento de direitos fundamentais. O movimento de redemocratização brasileira, marcado pela promulgação do texto constitucional de 1988, foi acompanhado nos últimos anos de uma crescente participação do Poder Judiciário como ator principal do cumprimento das normas constitucionais, especialmente relacionadas aos direitos fundamentais.

Não deixa de ser uma *contradição constrangedora* o fato de que, atualmente no Brasil, uma decisão adota por meio de *antecipação de tutela* que determine que o Poder Público forneça imediatamente determinado medicamento tenha mais eficácia prática do que determinação constante de título executivo judicial com *decisão transitada em julgado*.

Em um país com o histórico de desrespeito à independência do Judiciário, qualquer medida legislativa (mesmo emenda constitucional) que implique em extrema limitação da eficácia de decisões judiciais precisa ser acompanhada de *justificativas bastante reforçadas* para que se possa concluir a favor de sua legitimidade. Ora, o primeiro fator que se pode exigir de uma medida legislativa para concluir no sentido de sua legitimidade é verificar a *estreita coerência entre seu conteúdo e a justificativa*

⁴² SANCHIS, Luis Prieto. El juicio de ponderación constitucional. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*. Cidade do México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008, p. 102.

⁴³ PEREIRA, Jane Reis Golçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 347.

que foi ventilada para sua adoção. As duas emendas constitucionais em exame não preenchem tal requisito.

Tal circunstância fica evidenciada pela constatação de que as duas emendas constitucionais não se limitaram a dispor apenas acerca dos precatórios inadimplidos na data de suas respectivas promulgações. Buscaram regular também a situação dos precatórios que seriam emitidos no futuro. A EC nº 30/00, que acrescentou o art. 78 ao ADCT, disciplinou que "os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999" seriam pagos de forma parcelada no prazo de dez anos. A EC nº 62/09, ao acrescentar o art. 97 ao ADCT para instituir o chamado "regime especial" de liquidação dos precatórios, também dispôs que as regras de tal regime não seriam limitadas aos precatórios pendentes de pagamento na publicação da emenda, abrangendo também "os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo".

Ocorre que a justificativa principal que foi alardeada pelo constituinte derivado para a promulgação das duas emendas foi a necessidade de buscar alguma solução que tentasse equacionar o descumprimento das obrigações constantes dos precatórios inadimplidos, diante da impossibilidade material de cumprimento integral destas obrigações, sem prejuízo da preservação de recursos públicos para custear outras despesas públicas relevantes. O que se pretendeu foi estabelecer uma espécie de "estado de emergência orçamentário" no tocante às dívidas com precatórios acumuladas pelos entes públicos ao longo dos anos.

Se tal era o objetivo do Congresso Nacional, como explicar o fato que as emendas pretendiam regular a forma de pagamento dos precatórios futuros? Diante de um cenário de acúmulo de dívidas pretéritas que se tornaram impossíveis de serem adimplidas pelas regras normais do processo orçamentário, a adoção de medidas emergenciais para relativizar algumas regras orçamentárias por determinado período de tempo até poderia ser justificada em tese. Não se consegue vislumbrar, contudo, justificativa plausível que possa explicar a tentativa de regular o pagamento de precatórios futuros por regras diversas que não sejam as adotadas pelo procedimento orçamentário regular. Não há justificativa, mas há uma explicação, que por si só torna ilegítimas as emendas em exame: o Legislativo, presumindo que os governantes do futuro também não tratarão a questão dos precatórios com a seriedade que a Constituição impõe ao regular o procedimento previsto no art. 100, desde logo já procura encontrar "soluções" para tais "inconstitucionalidades futuras".⁴⁴

⁴⁴ O raciocínio desenvolvido acima é semelhante ao teor do voto da Ministra Ellen Gracie, por ocasião do julgamento da constitucionalidade da moratória instituída pelo art. 2º da EC nº 30/00, que acrescentou o art. 76 ao ADCT, na ADIN nº 2.362 (DJ, 19 maio 2011).

Ainda no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, há outros fatores que militam no sentido de que as restrições aos direitos fundamentais dos credores dos precatórios e a relativização da eficácia da decisão judicial não são compensadas pelos eventuais benefícios que as emendas constitucionais poderiam significar. O dado histórico de como a matéria está sendo regulada desde a promulgação da Constituição de 1988 precisa contribuir para a decisão acerca da inexistência de proporcionalidade em sentido estrito. E a sequência dos fatos releva que sucessivos parcelamentos não foram capazes de resolver o problema do estoque de dívidas de precatórios.

De fato, não se pode esquecer que o texto constitucional originário de 1988 já havia previsto, no art. 33 do ADCT, a possibilidade do parcelamento em oito anos dos precatórios pendentes na data de promulgação da Constituição, possibilitando ainda a emissão de títulos da dívida pública com tal escopo. Em 1996, o Senado Federal instaurou Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a apurar irregularidades relacionadas à autorização, emissão e negociação de títulos públicos, estaduais e municipais, emitidos para o suposto pagamento de precatórios. O Relatório Final da CPI, de 1997, apontou que houve hipóteses em que falso precatórios foram instituídos com o propósito de permitir a emissão de títulos públicos (DOU de 27 ago. 97).

Em 2000, sobreveio a EC nº 30/00, possibilitando o parcelamento dos precatórios em dez anos, tendo sido apresentada, na época, como a solução possível para equacionar o grave problema. Ora, uma das provas mais contundentes da ineficácia do modelo de dilação de prazo para pagamento da dívida dos entes federativos é a própria promulgação da EC nº 62/09, que só foi editada, obviamente, porque o problema persistiu mesmo após a EC nº 30/00.

Diante desses dados históricos, fica muito difícil sustentar que as severas restrições que foram impostas pelas emendas constitucionais a direitos fundamentais e ao conteúdo mínimo da noção de separação de poderes possam ser justificadas, em um juízo de custo-benefício, em prol de medidas que, embora teoricamente poderiam contribuir para a solução paulatina do problema, mostraram-se na prática politicamente ineficazes ao longo de duas décadas.⁴⁵ Não se pode ainda ignorar os graves

⁴⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 600; SCAFF, Fernando Facury; ANDRADE, Cesar Augusto Seijas. A dívida pública com precatórios após 10 anos da LRF ou como a Resolução 40/2001 do Senado caloteou a república. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Lei de responsabilidade fiscal: 10 anos de vigência, questões atuais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 72; JUSTEN FILHO, Marçal. Emenda Constitucional nº 62/2009: Estado democrático de direito e responsabilidade civil do Estado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder; JUSTEN FILHO, Marçal. *Emenda dos precatórios: fundamentos de sua inconstitucionalidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 107-108.

reflexos econômicos que a consolidação, ao longo dos anos, desse sistema de falta de seriedade no tratamento dos precatórios podem ocasionar.⁴⁶

5 A declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da EC nº 30/00 pelo Supremo Tribunal Federal

A constitucionalidade da EC nº 30/00 foi questionada por meio da ADIN nº 2.362, proposta em 2000 e que teve o julgamento da medida cautelar respectiva concluído recentemente pelo Pleno do STF, em acórdão publicado no DJ de 19 maio 2011. Por maioria, foi reconhecida a inconstitucionalidade do art. 2º da EC nº 30/00, que acrescentou o art. 78 ao ADCT, estipulando o parcelamento dos precatórios em dez anos.

A maioria vencedora foi inicialmente formada pelo Ministro Néri da Silveira, relator originário do feito. Em seu voto, o Ministro ressaltou que a EC nº 30/00, ao pretender dispor acerca da forma de pagamento dos precatórios pendentes na data de promulgação da emenda constitucional, teria ofendido a cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, IV, da CF, pois violou o disposto no art. 5º, XXXVI, que assegura a proteção do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Considerou o Ministro que a emenda constitucional teria retirado parcela significativa da eficácia da decisão judicial transitada em julgado, bem como maculado o direito do credor do precatório expedido de ver satisfeita de forma integral a obrigação no prazo estipulado no art. 100 da CF, ou seja, até o final do exercício financeiro seguinte à data da expedição do precatório. Teria ocorrido ainda ofensa à independência do Poder Judiciário, especialmente da prerrogativa de fazer cumprir efetivamente suas decisões.

No que se refere aos precatórios resultantes de “ações judiciais iniciadas até 31 de dezembro de 1999”, considerou o Ministro Néri da Silveira que não se poderia falar no caso em ofensa a situação jurídica definitivamente constituída ou violação da coisa julgada, pois o precatório não teria ainda sido expedido na data da promulgação da EC nº 30/00. Em relação a tais precatórios, considerou o Ministro que teria havido violação do princípio da isonomia, visto que não haveria motivo legítimo para a criação de regimes distintos de pagamento de precatórios com base no critério da data de ajuizamento da ação judicial.

A posição adotada pelo Ministro Néri da Silveira foi acompanhada, com fulcro em argumentos semelhantes, pelos ministros Cezar Peluso, Ayres Britto, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Celso de Mello. A ministra Ellen Gracie divergiu parcialmente, para reconhecer a inconstitucionalidade apenas da expressão “ações judiciais iniciadas até

⁴⁶ FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. A Emenda Constitucional n. 30, de 13.9.2000, sob a perspectiva da análise econômica do direito. In: VAZ, Orlando (Coord.). *Precatórios: problemas e soluções*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 232.

31 de dezembro de 1999”, contida no art. 78 do ADCT (acrescentado pelo art. 2º da EC nº 30/00). Os ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli votaram no sentido de indeferir a medida cautelar.

No que se refere à EC nº 62/09, logo após a promulgação, foram propostas diversas ADINs (n.ºs 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425) questionando sua constitucionalidade. Em junho de 2011, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento conjunto de tais medidas, não tendo ocorrido, até o presente momento, pronunciamento definitivo do Tribunal.

6 A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional pelo STF para invalidação das emendas constitucionais em exame

Por fim, cabe perguntar se, considerando as críticas atuais da filosofia política à legitimidade do exercício de controle judicial de constitucionalidade das leis, a decisão do STF de invalidar as moratórias constitucionais, com base na ofensa a cláusulas pétreas financeiras, manteria o tribunal na situação de neutralidade política.

Como destaca Konrad Hesse, a adoção de um modelo de constituição que consagra limites ao poder de reforma constitucional significa que as correntes políticas que debatem suas ideias na seara legislativa, representando a noção de soberania popular, encontram limites nas decisões fundamentais que o próprio constituinte optou por resguardar da possibilidade de mudanças. Neste sentido, é possível dizer que o núcleo imodificável da constituição possui primazia sobre a soberania popular.⁴⁷

A Constituição não pretende e não deve pretender, como destaca Sanchís, regular de forma exaustiva toda a vida social, o que seria prejudicial ao próprio ideal democrático, mas também não pode ser vista como simples repositório de limites procedimentais. Representa, no mínimo, um projeto, em que *cabem diversos programas, mas não todos*.⁴⁸ E o papel do Tribunal Constitucional não é propriamente investigar qual a solução mais adequada que o legislador deveria adotar a partir da construção dos preceitos constitucionais e sim bloquear as soluções legislativas que se apresentam manifestamente contrárias aos princípios constitucionais essenciais. A diferença entre tais atitudes é manifesta e produz consequências de relevância no que se refere à proteção da discricionariedade do Legislativo.

O caso em análise parece ser perfeitamente aplicável a tais noções presente. O STF, ao reconhecer a inconstitucionalidade das moratórias constitucionais em matéria de precatórios, não está construindo uma solução alternativa daquela adotada pelo

⁴⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 28.

⁴⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. El juicio de ponderación constitucional. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*. Cidade do México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008. p. 110.

Congresso Nacional para o grave problema da dívida e a impondo como única solução compatível com a Constituição. Seria verdadeiramente teratológico que o STF reconhecesse a inconstitucionalidade das emendas e determinasse o imediato pagamento de todas as dívidas com precatórios de todos os entes do país no prazo de alguns dias a partir da publicação do acórdão. O que se pode esperar do STF é a declaração de que a alternativa articulada nas emendas constitucionais é manifestamente contrária a preceitos constitucionais fundamentais e não pode ser aceita, pois não atende ao princípio da proporcionalidade em matéria de direitos fundamentais, assim como viola a separação de poderes. Em resumo, o STF não dá a solução ao problema, que deve ser construído pelas instâncias democráticas. Apenas reconhece que o primeiro caminho adotado pelo Legislativo não pode ser aceito e que novas alternativas devem ser moldadas no espaço político democrático.

A Constituição de 1988, com todos os defeitos em seu processo de formação, pode ser considerada uma constituição nitidamente propositiva, com perfil transformador de uma realidade. David Robertson,⁴⁹ citando a atual Constituição alemã e a sul-africana, bem como a de países do Leste Europeu como exemplos de constituições "propositivas", destaca que o papel do juiz constitucional é como o de um teórico político, que exerce um trabalho de articulação entre os valores consagrados no texto constitucional. Seu papel consiste em *garantir que as diversas diretrizes políticas constitucionais sejam concretizadas, mas com o desafio de obedecerem a valores básicos de dignidade e igualdade que precisam ser incorporados às práticas e às instituições políticas (especialmente o parlamento) que viveram anos durante regimes autoritários, que desprevam tais valores*. Nestes países, como destaca Robertson, o poder constituinte quis deixar evidenciada sua vontade de que regras básicas do Estado de Direito fossem observadas, exatamente porque vinham de regimes que não obedeciam tais regras.

O reconhecimento da inconstitucionalidade das emendas constitucionais em exame pode ainda ser fundamentado pelo entendimento tradicional de que o Poder Judiciário seria o mais adequado para a proteção dos direitos fundamentais em face das maiorias políticas conjunturais. A noção principal que permeia tal raciocínio é a de que somente uma instituição externa ao processo político ordinário teria possibilidade de garantir a proteção dos direitos fundamentais contra os excessos de tal processo. Nesta linha, Ronald Dworkin rejeita a noção de que a democracia deve ser compreendida apenas em razão da premissa majoritária, ou seja, a premissa de que as decisões políticas a serem respeitadas devem ser as adotadas pela maioria dos cidadãos. O filósofo norte-americano defende uma concepção de democracia que chamou de "concepção

⁴⁹ ROBERTSON, David. *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*. Princeton University Press, 2010. p. 355.

constitucional de democracia",⁵⁰ pela qual as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas que dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e respeito.⁵¹

Com base nessas premissas, Dworkin rejeita as críticas de que a supremacia judicial decorrente do controle da constitucionalidade das leis seria antidemocrática, pois, pelo menos em relação a questões ligadas à proteção de direitos fundamentais que promovesse igual consideração e respeito a todos os cidadãos, o Judiciário seria mais adequado para tutelar esses valores do que o Legislativo, e, desta forma, seria competente para invalidar decisões adotadas pelas maiorias eventuais que rompessem com o defendido conceito constitucional de democracia.

Até mesmo com base em teorias da jurisdição constitucional que defendem um papel bastante restritivo do Judiciário no controle de normas emanadas do Legislativo, seria possível justificar a invalidade das emendas constitucionais em exame. Nesta linha, mesmo a teoria da jurisdição constitucional de John Hart Ely,⁵² cuja obra exerceu e continua exercendo enorme influência na discussão do tema da legitimidade da *judicial review*, poderia ser utilizada.

Em breve síntese, a teoria de Ely preconiza que, a partir da leitura da Constituição norte-americana, que traz em sua maioria regras de procedimentos e não escolhas substantivas, não é papel da jurisdição constitucional decidir acerca de valores substantivos, o que deve ser deixado para a apreciação dos órgãos democráticos. O exercício pleno da *judicial review* somente é justificado com o escopo de proteger e assegurar a plena participação das pessoas nos processos de deliberação democrática, especialmente a das minorias não representadas no espaço político majoritário.

Na teoria de Ely, seria possível dizer que os canais deliberativos na seara democrática para a decisão acerca do problema estão claramente obstruídos e os detentores de precatórios poderiam ser encarados como *verdadeira minoria que não encontra espaço no seio político*. O Poder Executivo dos entes da federação devedores dos precatórios são os mais interessados em que o tema permaneça sendo tratado com a pouca responsabilidade verificada. Inexiste ainda qualquer disposição da esmagadora maioria parlamentar (seja dos Legislativos locais ou do Congresso Nacional) de buscar uma solução razoável para tal dívida, pois, como já ressaltamos, despesas com precatórios não são populares. Nem se pode dizer que a posição em relação a dívidas dos precatórios envolve contornos de cunho político-ideológico, pois a cultura do inadimplemento

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 48-49.

⁵¹ *Ibid.*, p. 26.

⁵² ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 70-72.

imperou e ainda impera em estados e municípios da federação que são ou foram governados por diferentes partidos políticos.

Como destaca Angela Burrieza, nos parlamentos, nos dias atuais, é cada vez menor o número de parlamentares independentes, o que contribui para o perigo do absolutismo dos partidos que possuem as maiorias eventuais em cada momento político. O próprio aumento brutal da quantidade de leis que precisam ser aprovadas no Legislativo não contribui para que a aprovação de cada ato legislativo seja precedida de reflexão à luz de critérios de justiça, tal como outrora imaginavam os idealizadores dos parlamentos. Essa situação merece um contrapeso, uma instituição que se preocupe com a perenidade e a preservação dos valores superiores consagrados no texto constitucional, de forma restabelecer a “paz perturbada”. Tal papel deve caber ao juiz constitucional.⁵³

O STF, em alguns precedentes recentes, reconheceu que a omissão legislativa em determinadas matérias que tocam direitos fundamentais torna perfeitamente legítima a atuação do Judiciário para assegurar valores fundamentais. Caso emblemático nesse sentido foi o julgado relativo à união estável de casais do mesmo sexo. O caso dos precatórios não deixa de guardar certa relação com a questão, visto que ambas as causas são “antipáticas” ao Legislativo que, guiado pelas questões eleitoreiras, não pode dar solução adequada ao problema com base nos preceitos constitucionais. No caso dos precatórios, ao contrário do que ocorreu na situação relativa ao reconhecimento das uniões homoafetivas, o problema não é a omissão deliberada do Legislativo, mas justamente o excesso de adoção de medidas inadequadas para a solução do problema (EC nºs 30/00 e 62/09). Ou seja: em menos de uma década, o Legislativo não foi capaz de resolver o problema.

Luigi Ferrajoli destaca com propriedade que o modelo garantista de direitos fundamentais, incorporado na maioria das constituições contemporâneas, assegura a legitimidade da atuação judicial para a proteção a direitos fundamentais frente a violações de qualquer nível de legalidade por parte dos poderes públicos.⁵⁴ Assim, o argumento de que o regime especial de precatórios foi aprovado por emenda constitucional não justifica sua legitimidade. Acerca do tema, a Comissão de Verificação produziu, recentemente, documento⁵⁵ que examina aspectos relativos às emendas constitucionais.

⁵³ BURRIEZA, Angela Fiquero. Nuevas tendencias del derecho constitucional en Europa. In: ARRUDA, Paula (Coord.). *Os atuais desafios da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 31-32. Em linha semelhante: NASCIMENTO, Carlos Valder. A inconstitucionalidade da EC nº 62 dos precatórios. In: NASCIMENTO, Carlos Valder; JUSTEN FILHO, Marçal. *Emenda dos precatórios: fundamentos de sua inconstitucionalidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 16: “Não sem razão, o processo legislativo, além de não refletir os compromissos do Estado Social na esfera da dignidade humana, acha-se cada vez mais viciado.”

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004. p. 26.

⁵⁵ Estudo 469/2008 – Dezembro de 2009 (On constitutional amendment).

O texto discorre acerca dos variados limites que os sistemas constitucionais de diversos países estipulam para o processo de reforma constitucional. Embora o documento revele que a opção dos limites fique a critério de cada país, não deixa de ressaltar que há determinados valores que devem ser preservados, inclusive em face do poder reformador (número 223), o que se torna importante especialmente em momentos em que a legitimidade do Poder Legislativo é posta em dúvida (224).

Declarar a inconstitucionalidade das emendas em exame significa assegurar a observância do que John Rawls denominou elementos constitucionais essenciais. A forma encontrada para o constituinte derivado para disciplinar o tema do precatório consegue violar ao mesmo tempo as duas categorias de elementos constitucionais mencionadas por Rawls: a) viola a estrutura geral do Estado ao retirar de um dos poderes — o Judiciário — a prerrogativa fundamental de produzir decisões realmente eficazes; b) viola os “direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar”, inclusive a garantia do império da lei.⁵⁶ Como destaca Rawls, diante de mudanças constitucionais, muitas vezes será papel da corte constitucional obrigar que as instâncias políticas adotem uma forma baseada em princípios, para tratar valores constitucionais de acordo com os parâmetros da razão pública, o que possui o efeito pedagógico de que a discussão pública seja mais do que simples disputa por poder ou cargos. Isso educa o cidadão para o uso da razão pública.⁵⁷

Outro ponto que legitima a atuação do STF de invalidar as moratórias instituídas pelas emendas constitucionais é ligado ao tema do federalismo fiscal brasileiro. A União Federal não está inadimplente com os precatórios de sua responsabilidade. Trata-se de fenômeno que atinge somente alguns Estados e Municípios. A circunstância de que são os Estados os principais devedores de precatórios não é mera coincidência e decorre de uma série de acontecimentos ocorridos nos últimos anos que debilitaram as finanças estaduais e municipais e que tiveram participação da União Federal.⁵⁸

Como é cediço, houve nítida reação do Governo Federal ao projeto de descentralização financeira em favor de Estados e Municípios⁵⁹ implementado pela Constituição de 1988.⁶⁰ Uma das características mais marcantes da formulação do sistema tributário na constituinte de 1988 foi a busca da formatação de um sistema que pudesse fortalecer

⁵⁶ RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000. p. 277.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 290.

⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto. Parecer no. 01/2009. Sentido e alcance do parágrafo único do art. 160 da Constituição: parâmetros para a retenção de receitas estaduais pela União Federal. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 64, 2010.

⁵⁹ BARROSO, Luis Roberto. A derrota da federação: o colapso financeiro dos Estados e Municípios. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 53, p. 109, 2000.

⁶⁰ REZENDE, Fernando. *A reforma tributária e a federação*. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 18.

a autonomia de Estados e Municípios pela maior participação dos entes subnacionais na distribuição da competência tributária e na própria divisão das receitas tributárias obtidas pelos impostos federais. Nos vinte anos de vigência da Constituição, diversas emendas constitucionais foram aprovadas com o escopo de aumentar a arrecadação com tributos cujas receitas não eram objeto de repartição aos demais entes federativos (contribuições, como a CPMF) e desvincular parcelas dos recursos oriundos de tributos cujas receitas deveriam ser repartidas com Estados e Municípios.

Não se quer, é claro, retirar de forma alguma a *significativa parcela de responsabilidade que os próprios governos estaduais e municipais tiveram no quadro atual em razão de notórios abusos ocorridos no passado*. E a prova mais contundente dessa constatação é o fato de que o fenômeno não atinge a todos os estados e municípios de maneira uniforme, havendo hipóteses de municípios e estados que estão regulares com o adimplemento de seus precatórios. Trata-se de *circunstância importante e que deve obrigatoriamente ser levada em conta na hipótese de o Congresso Nacional precisar voltar a regular o tema* (após a declaração de inconstitucionalidade das emendas constitucionais em exame). Se a nova solução construída no seio político importar na participação de recursos da União Federal para o pagamento do gigantesco passivo de precatórios de alguns estados e municípios, *é essencial que tal medida não traga ônus para os entes políticos que estão em dia com o pagamento de precatórios, sob pena de prejudicar o ente político que agiu com responsabilidade*.

O fato objetivo, contudo, é que diante do cenário atual de verdadeira *calamidade orçamentária* formado pelas dívidas de precatórios de alguns estados e municípios, não se pode esperar que a União Federal adote uma postura passiva, como se o problema não fosse de seu interesse. Por todos os motivos que já foram expostos, a falta de pagamento de precatórios pelos entes públicos é questão que envolve elementos fundamentais do estado de direito, como o respeito às decisões judiciais e à independência do Poder Judiciário, bem como o atendimento e garantia de direitos fundamentais. E diante do modelo atual de centralidade normativa e de recursos de nosso federalismo fiscal atual,⁶¹ fica muito difícil imaginar alguma possibilidade de êxito na questão relativa

⁶¹ LOBO, Rogério Leite. *Federalismo fiscal brasileiro: discriminação das rendas tributárias e centralidade normativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 184: "(...) o que se vê, além do aporte de recursos cada vez maior para os cofres da União, é a materialização de um *centralismo normativo* que não deveria encontrar guarida no nosso Federalismo Fiscal, no impulso descentralizador arquitetado ao menos em tese pelos constituintes de 1988, mas que vem recrudescendo dentro do indifereçável movimento de retorno às diretrizes centripetas que vigoravam na Constituição de 1967/1969 — em uma dinâmica que lamentavelmente tem progredido com a eventual, mas ostensiva, chancela da Suprema Corte, e, talvez pior, contando com o silêncio e resignação de parte da doutrina."

aos precatórios inadimplidos sem que ocorra a participação efetiva da União Federal, inclusive com recursos financeiros, para buscar construir a solução do problema.

Vale notar que a própria EC nº 62/09, na parte em que modifica o art. 100 da CF/88, já sinaliza a favor de tal possibilidade, ao acrescentar o parágrafo dezesses, estabelecendo que "a seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente."

Em resumo, o STF, que também exerce a função de árbitro da federação,⁶² possui mais uma excelente oportunidade para fomentar o debate em torno de nosso federalismo fiscal. Vale ressaltar que o Tribunal acaba de adotar decisão emblemática para o tema relativo à nova formatação do federalismo fiscal, ao reconhecer a inconstitucionalidade da LC nº 62/89, que estabeleceu critérios para o rateio de recursos do Fundo de Participação dos Estados (ADI nº 810, DJ, 29 abr. 2010), reconhecendo sua vigência até 31.12.2012. A decisão já teve ampla repercussão na classe política, tanto que notícias recentes revelam que as discussões travadas entre Ministério da Fazenda e governos estaduais acerca de mudanças pontuais no sistema tributário brasileiro já estão discutindo quais serão os novos critérios de rateio do FPE, considerando a decisão do STF. Isto demonstra como a jurisdição constitucional pode contribuir para o aperfeiçoamento do federalismo, que só pode encontrar soluções perenes por meio dos órgãos deliberativos.⁶³

Deve-se ainda afastar a alegação de que a declaração de inconstitucionalidade das moratórias constitucionais instituídas pelas EC n.ºs 30/00 e 62/09 para o problema dos precatórios produziria consequências desastrosas, pois o tema ficaria sem regra e os credores dos precatórios ficariam em situação ainda pior do que a que se encontram hoje. Não é isso que ocorrerá. Declarada a inconstitucionalidade, sua consequência não será por óbvio a obrigação de que todos os entes devedores paguem seus precatórios em "48 horas", o que seria impossível. O caos representado pela inadimplência generalizada dos precatórios que já havia antes da EC nº 62/09 continuará, e o Legislativo

⁶² ANDERSON, George. *Federalismo: uma introdução*. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 81: "Um Judiciário forte e independente é crucial para o Estado de Direito. Na maioria das federações, o Judiciário, e em particular os tribunais superiores ou as cortes constitucionais, é a instância jurídica mais alta para a resolução de disputas envolvendo a Constituição."

⁶³ CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida. *A forma federativa de Estado e o Supremo Tribunal Federal pós-Constituição de 1988*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. p. 139-140: "Pode-se afirmar não ser fácil desempenhar a função de árbitro do sistema Federativo. Contudo, em se tratando de juízos de ponderação, o que, hermenêuticamente, afinal, é o que se procede, no resguardo dos princípios e valores constitucionais, mostra-se conveniente que esses juízos sejam realizados por instituições dotadas de independência e imparcialidade. (...) O jogo político-partidário não constitui a arena adequada para a discussão de problemas de Estado, que requerem soluções perenes e defendam os valores assegurados constitucionalmente a todos. E, nesse aspecto, o Supremo Tribunal Federal, no Brasil republicano atual, é a instância adequada para esse juízo último de ponderação" (grifo original).

e Executivo terão que construir novas soluções que possam buscar resolver de forma criteriosa e responsável tal questão, por intermédio do procedimento constitucional destinado a tal fim: o processo orçamentário.

Os argumentos de ordem prática levantados pelas Fazendas Públicas devidoras, de que os recursos são escassos e de que é preciso assegurar a garantia de recursos para outras áreas essenciais como saúde e educação não convencem. Não se nega tal realidade. Ocorre que o Estado moderno e a CRFB 88 instituiu o sistema de finanças públicas, permeado pela noção do planejamento, criando três leis orçamentárias (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual) justamente para lidar com as difíceis escolhas envolvendo os temas financeiros. É claro que o processo orçamentário é dotado de complexidade, mas ainda não conseguimos inventar na modernidade nenhum instrumento que atenda melhor a finalidade de compor os diversos fatores envolvendo as questões financeiras estatais.

Se mesmo na hipótese de guerra externa (talvez a situação que mais possa fugir à normalidade), a própria Constituição criou mecanismos próprios para atender a essas emergências (empréstimos compulsórios — art. 148, I e impostos extraordinários — art. 154, II, CF), ou seja, se mesmo na hipótese de guerra externa a CF não abriu mão do procedimento orçamentário, por qual razão seria admissível que emenda constitucional pudesse, no tema dos precatórios, ladear os pilares do Estado Orçamentário?

Não se nega a gravidade do problema financeiro formado pelo monumental saldo de precatórios inadimplidos. Em qual campo da atividade financeira do Estado — despesa, receita e crédito — poderia estar a solução? Talvez na combinação racional de medidas nos três campos, por meio de estratégia a ser construída no espaço político. Todavia, como o corte de despesas públicas é sempre problemático em face das imensas obrigações que nosso modelo estatal possui e o aumento da receita por meio de elevação da carga tributária seja difícil, vale fazer uma reflexão final acerca da possibilidade de utilização do crédito público para contribuir no sentido da solução do problema.

Nesse campo, o art. 167, III, da CRFB estabelece a chamada “regra de ouro”, pela qual, de ordinário, os recursos provenientes de operações de crédito devem ser utilizados para o custeio de despesas de capital. O princípio ético que inspira tal preceito é o da equidade das gerações.⁶⁴ A ideia básica consiste em que os recursos captados pelo Estado por meio de empréstimos, como significam onerar também as gerações futuras que arcarão com serviços da dívida respectivos, precisam gerar benefícios que possam ser usufruídos não apenas pelos membros atuais, mas também pela geração futura.⁶⁵ Em geral, o exemplo que se dá para exemplificar tal princípio é o de que seria

⁶⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 309.

⁶⁵ Rawls já destacava a importância da questão da justiça entre as gerações e o compromisso

legítimo o Estado contrair empréstimos para a construção de grandiosa obra pública que vai significar melhoria direta da qualidade de vida da atual e das futuras gerações (por exemplo, intervenções em matéria de saneamento básico).

Partindo desse raciocínio, seria legítimo utilizar o crédito público como principal solução para o enorme passivo de estados e municípios com precatórios? Em uma primeira abordagem, a resposta poderia ser negativa, pois se estaria onerando gerações futuras pelos erros e abusos cometidos por administrações ineficientes do passado. Todavia, em exame mais profundo, é possível justificar até mesmo pela via da ética a legitimidade desse caminho. Por tudo o que já se expôs até o momento, o inadimplemento de precatórios judiciais não é uma questão puramente financeira, pois toca questões constitucionais essenciais, como a separação de poderes, o respeito às decisões judiciais e aos direitos fundamentais.

Nessa ótica, a utilização de recursos provenientes do crédito público nos parece plenamente justificável, mesmo à luz do princípio da equidade entre as gerações, visto que o que se estará garantindo é, em última análise, a observância e a perenidade desses elementos constitucionais essenciais. E dessa forma, seria possível apresentar, ao integrante da geração futura, o justo motivo pelo qual parcela dos recursos arrecadados pelo Governo Federal estaria sendo destinada ao pagamento de encargos da dívida pública originados do pagamento de precatórios pretéritos: “trata-se do preço que nós, no passado, precisamos pagar, para que elementos nucleares do Estado de Direito não fossem ameaçados”, poderia dizer um integrante da geração anterior ao jovem interlocutor. E assim, da mesma forma que uma obra de saneamento básico feita com recursos de crédito público é justificável para assegurar a saúde física das gerações futuras, a utilização do crédito público como alternativa que possa ajudar a equacionar a grave questão dos precatórios inadimplidos seria justificável para garantir a higidez de elementos nucleares para a “saúde” do Estado de Direito brasileiro.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Precatórios, Emendas Constitucionais n.ºs 30/00 e 62/09 e a violação de cláusulas pétreas financeiras. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 10, n. 57, p. 93-121, maio/jun. 2012.

da geração atual de defender e promover as instituições justas: “A geração atual não pode fazer o que bem entender, mas é obrigada, por princípios que seriam escolhidos na posição original, a definir a justiça entre as pessoas que vivem em épocas diferentes. Além disso, os homens têm o dever natural de defender e promover o crescimento das instituições justas, e para isso a melhoria da civilização até um certo nível é exigida” (*Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 314).