

MÁRCIO MANOEL MAIDAME

**DERROTABILIDADE DAS REGRAS DOS
PRECATÓRIOS: BUSCA DE EFETIVIDADE NA
EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Belo Horizonte

2014

MÁRCIO MANOEL MAIDAME

**DERROTABILIDADE DAS REGRAS DOS
PRECATÓRIOS: BUSCA DE EFETIVIDADE NA
EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

LINHA DE PESQUISA

Poder e cidadania no Estado Democrático de Direito

PROJETO DE PESQUISA

A efetividade do processo como direito fundamental

ORIENTADOR

Prof. Dr. Fernando Gonzaga Jayme

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Belo Horizonte

2014

**DERROTABILIDADE DAS REGRAS DOS PRECATÓRIOS: BUSCA DE
EFETIVIDADE NA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

Data da defesa: ____/____/____

Resultado: _____

Tese apresentada e defendida perante Banca Examinadora constituída pelos seguintes Professores Doutores:

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Belo Horizonte, ____ de _____ de 2014.

FACULDADE DE DIREITO DA UFMG

M217d Maidame, Márcio Manoel
Derrotabilidade das Regras dos Precatórios: busca de efetividade na execução contra a Fazenda Pública / Márcio Manoel Maidame. – 2014.

Orientador: Fernando Gonzaga Jayme
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

Inclui bibliografia

1. Direito processual – Teses 2. Processo civil – Brasil 3. Processo legal justo 4. Direitos fundamentais 5. Execução contra a Fazenda Pública 6. Precatório 7. Eficácia e validade do direito 8. Direito comparado I. Título

CDU ⁽¹⁹⁷⁶⁾ : 347.952(81)

DEDICATÓRIA

A você,

E a tudo o que construímos juntos!

À nossa maior obra,

Arthur, Miguel e Otávio

(agora já podemos brincar de Beamatron!)

Todos juntos somos fortes

Não há nada pra temer!!!

Para Gabriela!

AGRADECIMENTOS

Não há como terminar (entregar seria o termo mais adequado) um trabalho acadêmico, sem render uma singela homenagem a todos que colaboraram para que esta jornada tivesse a trajetória que teve.

Primeiro, aos dirigentes da “Faculdades Atibaia – FAAT”, que deram total apoio para esta “aventura” de cursar o doutorado em outro Estado. Compreenderam e estimularam o meu enriquecimento acadêmico, pelo que sou grato e eternamente em débito. Aos Mantenedores, Professores Júlio César Ribeiro, Hercules Brasil Vernalha, Marilisa Pinheiro, João Carlos da Silva e Rosana Ferraz, cujo investimento e aposta espero ter correspondido. Ao Diretor Acadêmico, Prof. Dr. Gilvan Elias Pereira, exemplo de retidão, humanidade e dedicação à educação, pessoa que me fez intuir que em Minas Gerais encontraria meu rumo acadêmico. Ao meu coordenador e amigo Prof. PhD. Orivaldo Leme Biagi, pela guarida, apoio e compreensão durante esta jornada de doutoramento. Aos professores e funcionários da FAAT, por me permitirem fazer parte de um time vencedor, cuja camisa visto com honra.

Aos alunos do Curso de Direito da FAAT, e dos outros cursos de pós-graduação que me dão a honra de figurar no corpo docente, como o coordenado pelo meu caríssimo amigo e influente doutrinador, Prof. Dr. Gilberto Gomes Bruschi, perante o Complexo Jurídico “Damásio de Jesus”, que me permitem o imenso prazer de lecionar. Cuido para que o aprofundamento teórico de um doutorado não me torne um professor inacessível, e levo todos estes alunos, sempre, em meu coração!

Aos colegas de advocacia, que abraçaram um sócio cheio de compromissos acadêmicos, com respeito e compreensão por esta “outra vida”; Dr. Nelson Hossne, advogado exemplar, cujas lições de vida e comprometimento com o Direito e com os patrocinados, me espelho e nunca esquecerei; Dra. Ligia Dahy Schmidt, amiga leal e talentosa advogada, cuja dedicação às causas é tocante e à minha parceira, que segura ‘todas’ as minhas barras no contencioso, quando a agenda acadêmica e a advocatícia colidem, Dra. Luciana Raphael

Hossne. Nossa dupla é imbatível! Sem dúvida, hoje, não tenho receio em dizer que vocês do “Nelson Hossne Advogados Associados” formam minha “segunda grande família”. Obviamente que o nosso trabalho é sempre facilitado pelo imprescindível apoio das competentes Carolina Hossne, Niocoonda Cabral e Viviane Costa da Silva, às quais merecem toda minha gratidão, pelo apoio incondicional.

A toda minha família, que tem compreendido minha ausência como filho, irmão, genro, neto, tio, padrinho, afilhado e sobrinho, com a promessa de reavivar nossos laços. Afinal, tudo isso é para merecer fazer parte da família ideal que vocês construíram, “apesar de mim”! A meus pais, Epifânio e Marly, pelo apoio que sempre foi tão incondicional que chegava a ser incompreensível. Porém, agora que sou pai, consigo compreender. A meus sogros, Maurício e Tereza, que cuidam de meus filhos, nas eventuais ausências e impossibilidades do pai e da mãe, muito melhor que nós, certamente. A vocês, minha gratidão, que tenho certeza se eternizará na figura de nossos filhos, vossos netos.

A todas as pessoas que participaram da minha curta, porém profícua, vida acadêmica em Belo Horizonte, cidade que encanta pela alegria de sua gente. Sinto muita saudade dos encontros com Mestres e colegas durante os créditos do doutorado.

Ao Prof. Dr. Felipe Martins Pinto, que me honra com sua amizade e generosamente compartilhou conosco seus profundos conhecimentos em direito processual, Prof. Dr. Osmar Brina Corrêa-Lima, cuja metodologia de aula simplesmente me encantou e resgatou meu interesse pelo Direito Empresarial, a ponto de publicar um pequeno artigo, de tão fascinantes os pontos que debatemos; ao Prof. Dr. Florivaldo Dutra Araújo, cujo rigor acadêmico e franqueza nas críticas fez com que corrigisse rumos e renovasse minha crença neste trabalho, à Profa. Dra. Misabel Abreu Machado Derzi, que simplesmente encanta os alunos com o vigor de suas ideias e brilho de sua exposição, à Profa. Dra. Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, cujas aulas de Direito Processual Coletivo Comparado foram imprescindíveis para o amadurecimento da ideia de como a evolução dos meios processuais está fundamentalmente ligada a ideia da evolução da própria democracia e, por servir de testemunho vivo de como se constrói com estudo e, principalmente, humildade, uma sólida carreira acadêmica. Ao Prof. Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado, que muito jovem, e com também jovem, transmite

com propriedade a densa filosofia de Kant. A Profa. Dra. Iara Menezes Lima, que conduziu com maestria os seminários sobre “hermenêutica constitucional”, dando margem a discussões bastante ricas sobre a concretização dos direitos fundamentais que em muito colaborou com a produção deste texto. E por último, o primeiro Mestre que me acolheu na Vetusta, Prof. Dr. Manoel Galdino da Paixão Júnior, que magnificamente nos (re)conduziu ao debate sobre os institutos fundamentais do Direito Processual Civil, resgatando, com propriedade, ideias sobre o que realmente deve ser a Teoria Geral do Processo.

Por estar em São Paulo e estudar em Belo Horizonte contei, várias vezes, com a imprescindível ajuda dos colegas de crédito da Vetusta, cuja hospitalidade mineira, nunca me deixaram desamparado. São muitos nomes e, certamente, esquecerei algum – mas levo-os todos no coração. Júlio Zini, Eduardo Carone, Antonio Padova, Wesley Roberto de Paula, João Paulo Medeiros Araújo, Décio Júnior, Silvia Tamberi, Izes Siqueira, Eduardo Caixeta, Felipe Maia, Cristiane De Oliveira Elian, Nathália Lipovetsky, Habib Ribeiro David, Silvia de Abreu, Kessia Mendes, Carlos Muzzi, Bernardo Viana Freitas, Daniela Fávero, Silvia Portilho, Daniela Rezende, Isabela Neves e Felipe Fernandes.

Aos professores que participaram da minha qualificação, em especial à pessoa da Profa. Dra. Mônica Sette Lopes, cujo rigor da avaliação e a agudeza das críticas serviram em muito para elaboração deste texto final. Ao Prof. Dr. Manoel Galdino da Paixão Júnior, cuja generosidade das críticas e a minuciosa leitura do texto me deixaram comovido.

Ao Prof. Dr. Fernando Gonzaga Jayme, mais que orientador, um amigo, que nunca deixou de estender a mão a este “filho pródigo”, apontando horizontes, encorajando, de uma maneira crítica e colaborativa. Com Mestres deste quilate, com poder de crítica e comprometimento social ímpares, a Vetusta e as letras jurídicas brasileiras se enriquecem. Para mim, mais que uma honra, foi um privilégio único poder desfrutar deste convívio acadêmico e, especialmente, de ter devotado a mim uma enorme confiança ao me aceitar como orientado. Meu muito, muito obrigado!

Aos Professores Doutores que me honraram com sua arguição final, meu imenso obrigado pelas críticas, sugestões, caminhos abertos e pelo carinho de disponibilizar tempo para esta tarefa, o que muito me honrou. Meus calorosos agradecimentos à Profa. Dra. Mônica Sette Lopes, Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes e Prof. Dr. Gilberto Gomes Bruschi.

Aos abnegados funcionários da Universidade Federal de Minas Gerais que se desdobram a dar aos alunos e mestres condições de desenvolver um trabalho acadêmico comprometido. Em especial aos funcionários da Secretaria da Pós Graduação, que aplicam as regras acadêmicas com rigor, mas souberam sempre colaborar com este aluno “forasteiro”. Meu muitíssimo obrigado pela colaboração e apoio fundamentais com a (necessária) burocracia do curso.

Por fim, aos amigos de todas as horas, em especial nesta jornada de estudos, os Uspianos Eduardo Fortunato Bim e Luís Fernando Franchini e o ex-aluno mais brilhante, que hoje me honra sendo meu amigo e colega de advocacia, Dr. Jônatas Kosmann. Todos vocês colaboraram imensamente para o desfecho deste trabalho com ideias, indicações de textos e muito mais. É uma grande honra privar de suas amizades e lhes sou muito grato pelas valorosas contribuições. Muito obrigado pelo apoio. Aos amigos virtuais, “jovens processualistas”, Dr. Amílcar Nadu, Dr. Bruno Garcia Redondo, Dr. Alexandre Freire, Dr. Welder Queiroz dos Santos, Dr. Denis Donoso Dr. Fausto Trentini e a minha querida Profa. Dra. Monica Bonetti Couto, meus sinceros agradecimentos.

Verão de 2014.

“El derecho administrativo es derecho constitucional y político, es lucha contra el poder – cualquier poder – en la defensa de los derechos de los individuos y asociaciones de individuos, es *la aventura de pensar*.”

Agustín Gordillo

“Le grande mutazioni nella distribuzione delle ricchezze hanno sempre cagionato gradi mutazioni nella distribuzione del potere.”

Antonio Tarantino

“Recuso-me, como jurista, a *lavar as mãos diante do político, do social e do econômico*, fazendo crer aos menos informados que nossa cumplicidade com o pior é apenas uma dolorosa e inescusável consequência da neutralidade de nosso saber, técnico e objetivo, cabendo-nos, apenas *lamentar que a realidade não se ajuste a nosso leito de Procusto*.

Daí porque afirmo, enfaticamente, que a *esmagadora maioria dos problemas com que nos defrontamos, em termos de efetividade do processo, tem raízes culturais*, derivam de uma *deformação de comportamento social do brasileiro*, incapaz de ser corrigido por via do *direito formal* e das *construções dogmáticas*.”

José Joaquim Calmon de Passos

RESUMO

O regime brasileiro de execução por quantia contra a Fazenda Pública, quando se trata de dívida de maior valor, não dá ao credor tutela jurisdicional efetiva quando o ente devedor não cumpre com a ordem de pagamento, nos prazos e formas legais.

Este trabalho tem por finalidade, com uso de *topois* argumentativos da derrotabilidade e da eficácia dos direitos fundamentais, propor uma interpretação de ultrapasse os limites da impenhorabilidade dos bens públicos, nestes casos em que o abuso das prerrogativas outorgadas legitimamente ao patrimônio público acaba por se tornar escudo inaceitável ao implemento da condenação judicial.

Observa-se, também, que a separação de poderes não é violada quando o Poder Judiciário impõe o cumprimento de direitos proclamados legitimamente, na Constituição em Leis ou em suas sentenças. O Poder Judiciário deve ser a instância reativa do cidadão ante ao jogo internacional de pilhagem, orquestrada pelo ainda ativo colonialismo.

Caso a penhorabilidade de bens não alcance seus resultados, propomos uma interpretação mais elástica do instituto da compensação tributária, aplicação de multa ao administrador público e, como *ultima ratio*, a busca da tutela da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo em vista as flagrantes violências praticadas pelo Estado brasileiro.

ABSTRACT

The Brazilian system to enforce a pay money judgment against the Treasury, when it comes to debt of greater value, does not give the lender effective judicial protection when the debtor entity does not meet the payment order in the legal deadlines and forms.

This work aims, using the argumentative *topois* of defeasibility and effectiveness of fundamental rights, propose an interpretation of unseizability that exceed the limits of public goods, in these cases where the abuse of the legitimately privileges granted to public property turns in a unacceptable shield to the implement the court conviction.

We observe also that the separation powers doctrine is not violated when the Judges enforces rights legitimately proclaimed in the Constitution or Laws or by adjudication. The Judiciary must be the reactive instance to citizens against the international game of plunder, orchestrated by the still active colonialism.

If the seizure of public goods do not reach their results, we propose a more elastic interpretation of the institute of the taxes offset, a contempt of court fine to the public administrator and public, as *ultima ratio*, the pursuit of protection of the Inter-American Court of Human Rights, in view of the flagrant violence practiced by the Brazilian state.

SUMÁRIO

RESUMO.....	X
ABSTRACT	XI
1. DELIMITAÇÃO DA TESE.....	16
1.1. Formulação do problema.....	18
1.2 Objetivos e formulação teórica.....	19
2. PROCESSO E CIDADANIA: A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DE TUTELA JURISDICIONAL RACIONAL E GARANTIDORA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
2.1 O direito fundamental à tutela jurisdicional: direito fundamental carente de concretização	21
2.2 Acesso à Justiça como garantia ligada à efetivação de direitos. Necessária distinção entre celeridade e efetividade	25
2.2.1 O aspecto econômico e o descumprimento dos precatórios	27
2.2.1.1 Alguns números sobre precatórios	42
2.2.2 O rompimento do pacto republicano	50
2.3 O Poder Judiciário e o restabelecimento do Pacto Republicano	51
3. REGRAS DA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA	53
3.1 Quem é a Fazenda Pública.....	53
3.2 As execuções de fazer, não fazer e dar coisa.....	54
3.2.1 Possibilidade de defesa no momento da execução das obrigações específicas	57
3.3 A execução de quantia certa	58
3.3.1 O título executivo e a execução contra a Fazenda Pública.....	58
3.3.1 Precatório e seu procedimento.....	60
3.3.1.1 Breve esboço histórico dos precatórios-requisitórios no ordenamento jurídico brasileiro	64
3.3.1.1.1 Direito Luso-Brasileiro.....	64

3.3.1.1.2 Nas primeiras constituições republicanas e no CPC de 1939.....	65
3.3.1.1.3 O Direito Pós Ditadura de 1964	66
3.3.1.1.4 A Constituição de 1988	66
3.3.1.1.5 As Emendas à Constituição de 1988	67
3.3.2 Requisição de Pequeno Valor.....	69
3.3.3 A execução contra o INSS.....	70
3.3.4 O artigo 100 da CF/88 e a possibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública	71
4. EXECUÇÃO PECUNIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA NA TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES	77
4.1 Execução (?) contra a Fazenda Pública e Natureza das Coisas.....	77
4.2 O precatório e sua natureza jurídica	81
4.3 Execução contra a Fazenda Pública e Separação de Poderes	83
4.3.1 Ativismo, “Self-Restraint” e Execução contra a Fazenda Pública.....	89
4.3.3 Teoria Possibilista do Direito	94
4.4 A Cláusula Geral de Injunção na Constituição Federal de 1988.....	95
4.5 Da sindicabilidade do orçamento público: da necessária imposição, pelo Poder Judiciário, do respeito às ordens judiciais	96
4.5.1 Da necessidade de adequada gestão dos precatórios, em especial pelo Poder Judiciário	107
5. PILHAGEM E ESTADO DE DIREITO	113
5.1 A Cooptação do Poder Judiciário: o Canto da Sereia do “Estado de Direito”	118
5.2 A pilhagem institucionalizada: mentiras do Estado, totalitarismo: um Estado de não Direito.....	121
6. A “EMENDA DO CALOTE” (EC 62/09) E A ADI 4.357	125
6.1 Breve apresentação das inovações trazidas pela “Emenda do Calote”	125
6.1.1 Regime especial.....	128

6.1.2 Parcelamentos	130
6.1.3 Administração centralizada dos precatórios: nova tarefa dos tribunais	131
6.1.4 Leilão reverso	132
6.1.5 Diminuição das hipóteses de sequestro	135
6.1.6 Repasse e vinculação orçamentária: o endurecimento das sanções e a quitação de tributos do contribuinte-credor com o produto de precatórios inadimplidos	136
6.2 Juros moratórios	138
6.3 O surgimento de uma terceira modalidade de precatórios: os superpreferenciais	141
6.4 Aquisição de bens públicos com precatórios como forma de pagamento.....	146
6.5 Possibilidade de federalização dos precatórios	147
6.6 O posicionamento do STF em relação a “Emenda do Calote”	149
6.7 A situação atual dos precatórios após o julgamento da ADI 4357: o que está em vigor? E o que deveria permanecer? (modulação dos efeitos)	152
7. DA PROPOSTA DE EFETIVIDADE NA EXECUÇÃO, POR QUANTIA CERTA, CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.....	157
7.1 A Execução Contra a Fazenda Pública no Direito Comparado.....	157
7.1.1 Estados Unidos, Inglaterra e França	158
7.1.2 Alemanha.....	161
7.1.3 Espanha.....	163
7.1.3.1 O Julgamento da Corte Constitucional espanhola como demonstração da possibilidade de derrotabilidade das normas	163
7.1.3.2 A impenhorabilidade dos bens públicos na Espanha.....	164
7.1.3.3 A mora espanhola e a decisão da Corte Constitucional daquele país.....	166
7.2 Bens Públicos	176
7.2.1 Função Social dos bens públicos	179
7.3 Bens Públicos e Inalienabilidade.....	180
7.4 Bens Públicos e Impenhorabilidade	182

7.5 Dos procedimentos para penhora dos bens públicos	184
7.5.1 A penhora de bens públicos e a inexigibilidade de observância do critério cronológico de pagamento.....	191
7.6 A penhora de créditos: penhora, no rosto dos autos, nas execuções fiscais do ente devedor de precatórios.....	194
8. OUTRAS “SAÍDAS” PARA O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.....	197
8.1 Compensação e ordem judicial de não recolhimento de tributos	197
8.2 Restrições cadastrais e restrição no exercício de direitos.....	200
8.3 <i>Contempt of Court</i> : A aplicação de multa sobre a pessoa do administrador.....	202
8.3.1 Não quitação de precatórios e Direito Sancionador	208
8.4 Tutela internacional	212
8.4.1 A possibilidade do Brasil ser condenado a indenizar os credores de precatórios pela Corte Interamericana de Direitos Humanos	212
8.4.2 Breves considerações sobre o trâmite das ações de tutela internacional dos Direitos Humanos.....	215
8.4.3 Condenação pecuniária, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e a execução deste julgado, no Brasil.....	216
CONCLUSÃO.....	218
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	221

1. DELIMITAÇÃO DA TESE

Desdobrando estudos que iniciamos no Curso de Mestrado da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), sob os auspícios do Prof. Arruda Alvim, oferecemos como proposta de trabalho para a Banca Examinadora do Curso de Doutorado em Direito da Egrégia Universidade Federal de Minas Gerais projeto de investigação sobre a atual busca por efetividade no processo civil, corolário do acesso à justiça.

É evidente que o legislador vive um momento de mudança de paradigmas na busca de soluções que tornem o processo mais efetivo. No entanto, essas mudanças ainda não surtiram o impacto esperado, ainda mais quando se observam as regras da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública.

O direito à execução forçada é corolário do verdadeiro acesso à justiça.¹ A ideia de que o órgão judicante deve não só declarar o direito, mas também ter em mãos instrumentos para coagir *quem quer que seja* a entregá-lo concretamente ao postulante (quando isso for *faticamente* possível), é pedra chave da moderna jurisdição. *Isso inclui a possibilidade de também o próprio Estado ser coagido a cumprir as sentenças judiciais.*

¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. “Principi Costituzionali e Processo di Esecuzione.” *Rivista di Diritto Processuale* 2-1994/459.

Entretanto, o sistema de precatórios, do jeito que é interpretado pelos tribunais – como ampla total e irrestrita imunidade fazendária às sentenças condenatórias para pagamento de quantia – , sem dúvida “é uma disposição constitucional que nos envergonha.”²

Como observa Carlos Ari Sundfeld “É crônica a crise de inadimplência estatal, que vem colocando em xeque a própria autoridade do Poder Judiciário. Depois de uma luta judicial que normalmente se arrasta por muitos anos, os precatórios são expedidos como última etapa da execução das condenações da Fazenda Pública. O que passa a seguir? A resposta, cada vez mais frequente, é incrível: *Nada*.”³

Este trabalho parte da premissa de que a efetividade do processo de execução é um problema ligado aos arranjos de poder, decorrente das forças políticas que dão o “tom” da legislação vigente. Como ensina Calmon de Passos, “nada mais alienador e perverso do que dissociar o direito do exercício do Poder político. Só na medida em que se alteram, no grupo, as relações de poder, é que se modificam as relações jurídicas. Aquilo a que serve o poder é aquilo a que serve o direito.”⁴

As reformas perpetradas após a EC 45 demonstram um novo panorama político, que engendra novas soluções para a efetividade do processo. É este o tom deste estudo. A busca de efetividade como uma conquista política da sociedade brasileira.

Se as anteriores reformas visavam a resolver a *crise do processo*, posto que as alterações, muitas vezes, pareciam querer combater perniciosas definições e dogmas erigidos por uma doutrina processual excessivamente autonomista que desvinculou o direito processual de seu fim maior – a pacificação social, pela rápida resolução do conflito e outorga de direitos, observamos que as atuais alterações na legislação buscam *efetividade*.

Destarte, parece que a doutrina e o legislador confundem *efetividade* com *celeridade*. É certo que são institutos que se comunicam, mas, evidentemente, são distintos.

² CALMON FILHO, Petrônio. “Execução Contra a Fazenda Pública e Penhora de Bens Públicos. Proposta do Instituto Brasileiro de Direito Processual para a Reforma do Artigo 100 da Constituição Federal.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 151.

³ SUNDFELD, Carlos Ari. “Prefácio.” In: PELEGRINI, Márcia. *A Intervenção Estadual nos Municípios: Cumprimento de Ordem ou Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 11.

⁴ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. “A Crise no Processo de Execução.” In: ASSIS, Araken de. (org.) *O Processo de Execução - Estudos em Homenagem ao Prof. Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: SAFE, 1995, p. 194.

A intenção é oferecer visão que relativize alguns pontos da disciplina geral dos precatórios, a fim de trazer para o debate uma dimensão mais ampla do acesso à justiça⁵ – o direito do credor a “ganhar” e “levar”, no processo.

Não se pretende com esse estudo negar o caráter protetivo do regime de precatórios (vinculado à proteção do Erário e do Patrimônio Públicos⁶), e sim propor o debate de possíveis leituras de ponderação dos interesses em jogo, posto que o processo executivo também realiza direitos fundamentais do credor – oferecendo, inclusive, paradigmas para ultrapassar certos limites legais.

Em suma, propõe-se um estudo que busque a proteção dos litigantes (credor e devedor) com fundamento nos princípios plasmados na Constituição da República Brasileira: dignidade da pessoa humana vs. acesso à justiça.

1.1. Formulação do problema

O regime da execução contra a Fazenda Pública é estudado aqui como *problema*; como instituto que veda ou turba o acesso à Justiça, pois impõe limitação (as vezes justa, as vezes injusta) ao desenvolvimento do processo de execução, na sua busca por efetividade do direito do credor.

Por isso, não se tem a pretensão de se fazer um estudo histórico deste instituto. Por outras palavras, não se trata de um estudo *da execução contra a Fazenda Pública* propriamente dito, mas dos *problemas dela resultantes*.

Igualmente, o presente trabalho não tem caracteres de um estudo de direito comparado. A legislação e a doutrina estrangeiras que serão pesquisadas servirão de

⁵ “A garantia do devido processo legal se polarizou em torno de algumas idéias ou categorias fundamentais como a garantia do juiz natural, a garantia do contraditório, e ampla defesa e a garantia das formas procedimentais. Mas sobretudo se estabeleceu, à unanimidade, que a garantia em questão corresponde a uma efetiva e *concreta tutela estatal* ao titular de qualquer direito lesado ou ameaçado de lesão. É preciso, para que se tenha como *justo* o processo legal, que, antes de tudo se assegure o *acesso de todos à Justiça*. Há hoje um reconhecimento universal de que a confiabilidade das instituições jurídicas reclama a implantação de sistema em que os direitos não sejam *apenas simbólicos*, mas que se traduzam em *remédios efetivos*.” (THEODORO Jr., Humberto. “O Processo de Execução e as Garantias Constitucionais da Tutela Jurisdicional.” In: ASSIS, Araken de. (org.) *O Processo de Execução: Estudos em Homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: SAFE, 1995, p. 157)

⁶ “Neste sentido, a regra de impenhorabilidade dos bens públicos certamente tem como fundamento a continuidade dos serviços públicos. Entre o prejuízo de um indivíduo e o prejuízo de toda a coletividade, optou o ordenamento jurídico (corretamente) em preservar os instrumentos de manutenção de bem-estar da sociedade em detrimento à imediata satisfação do direito de crédito de um particular.” (MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e Direitos do Credor*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 204)

referencial ou modelo para as críticas e propostas de relativização do procedimento do precatório-requisitório. Este estudo não tem a pretensão de traçar um perfil comparativo da execução contra a Fazenda Pública no ordenamento brasileiro em relação com o de outros países, ou de outros sistemas jurídicos.

Por fim, este trabalho tem como método o estudo dogmático. Parte-se da norma posta para criticar o alcance que a doutrina e a jurisprudência tem lhe dado, propondo a superação de alguns postulados.

Não se pretende um estudo *de lege ferenda*, pretende-se trabalhar com o ordenamento jurídico brasileiro em vigor, encetando demonstrar a possibilidade de *superação de suas normas*, dentro de parâmetros já propostos pela doutrina e aplicados pela jurisprudência brasileira em outras situações. Em outras palavras, este estudo pretende demonstrar a possibilidade de *correção judicial da lei* (atuação *contra legem* ou *corrigendi causa*), independente de reformas legislativas.

1.2 Objetivos e formulação teórica

O objetivo deste estudo é demonstrar que em determinados casos, em que premissas não expressamente previstas nas normas atuam, seria possível contrabalancear as regras da execução contra a Fazenda Pública com medidas que tornam efetivo o direito já reconhecido em sentença.

Proposta que sequer é inédita: foi exposta por Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva,⁷ José Augusto Delgado,⁸ João Otávio de Noronha,⁹ Castro Meira¹⁰ e Eliana Calmon,¹¹ entre outros.

⁷ “... de *lege ferenda*, cabível no Direito Brasileiro a execução forçada contra a Fazenda Pública, responsabilizando seu patrimônio por meio de penhora ou outro meio de constrição judicial sobre os bens dominicais a serem defendidos em lei. É até mesmo de duvidosa constitucionalidade o preceito legal que torna impenhoráveis os bens públicos de uso não essencial do Estado, *privilégio absolutamente inócuo que limita a atuação jurisdicional do Poder Judiciário*.” (SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução Contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 226 – grifei)

⁸ DELGADO, José Augusto. “Precatório Judicial e Evolução Histórica. Advocacia Administrativa na Execução Contra a Fazenda Pública. Impenhorabilidade dos Bens Públicos. Continuidade do Serviço Público.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 135.

⁹ “*Processo Civil e Administrativo – Recurso Especial – SUS – Custeio de Tratamento Médico – Moléstia Grave – Direito à Vida e à Saúde – Bloqueio de Valores em Contas Públicas – Possibilidade – Art. 461 do CPC*. I - A Constituição Federal excepcionou da exigência do precatório os créditos de natureza alimentícia, entre os quais incluem-se aqueles relacionados com a garantia da manutenção da vida, como os decorrentes do fornecimento de medicamentos pelo Estado. II - É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da

A sugestão não coloca em risco o patrimônio público como se verá no capítulo 7, que descreve a experiência espanhola implementada pela Corte Constitucional daquele país.

A contribuição que se quer dar com a presente proposta de tese é sistematizar e balizar com fundamentos da teoria geral do direito as hipóteses em que as regras da execução contra a Fazenda Pública podem ser “quebradas” (derrotadas), para garantia de efetividade do processo de execução contra a Fazenda Pública.

pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitido, inclusive, a *mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos*.” (STJ, 2ª T., v.u., REsp 656.838/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 17/05/2005 DJU de 20/06/2005, p. 219 – grifei)

¹⁰ STJ, 2ª T., v.u., AR no AI 723.281/RS, rel. Min. Castro Meira, j. em 07/02/2006, DJU 20/02/2006, p. 306.

¹¹ “*Administrativo e Processual Civil – Recurso Especial – Fornecimento de Medicamentos – Bloqueio de Contas do Estado – Possibilidade*. 1. Tem prevalecido nesta Corte o entendimento de que é possível, com amparo no art. 461, § 5º, do CPC, o bloqueio de verbas públicas...” (STJ, AgRg no REsp 878.441, relª. Minª. Eliana Calmon, j. em 10/04/2007, DJU 20/04/2007, p. 340). No mesmo sentido: “... A maioria dos componentes da Primeira Seção tem considerado possível a concessão de tutela específica para determinar o bloqueio de valores em contas públicas a fim de garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde.” (STJ, 2ª T., v.u., AgRg no REsp 870.889, relª. Minª. Eliana Calmon, j. em 06/03/2007, DJU 14/03/2007, p. 241)

2. PROCESSO E CIDADANIA: A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DE TUTELA JURISDICCIONAL RACIONAL E GARANTIDORA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 O direito fundamental à tutela jurisdiccional: direito fundamental carente de concretização

No Brasil, os básicos e comezinhos direitos fundamentais ainda não são garantidos pelo Estado, mas há de se reconhecer que, do ponto de vista de regulamentação, nossa Constituição Federal é avançada, pois contempla estes direitos de maneira minudente.

Mas o que são direitos fundamentais? Segundo Robert Alexy, uma norma “independientemente de su pertencia a un determinado orden jurídico o Constitución, puede ser identificada como norma de derecho fundamental”,¹² se atender a três requisitos, a saber: ser firmada pela autoridade competente,¹³ vincular-se à temática dos direitos fundamentais e possuir “fundamentación iusfundamental correcta”, ainda que fora do texto constitucional.¹⁴⁻¹⁵

¹² ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 62.

¹³ Luigi Ferrajoli também realça o aspecto formal, sem menosprezar o conteúdo material da norma jusfundamental: “Propongo una definición *teórica*, puramente *formal o estructural*, de ‘derechos fundamentales’: son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ os seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adstrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘*status*’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.” (FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Ed.

Jorge Miranda não refuta a importância da previsão formal dos direitos fundamentais, mas objeta que se só sua expressa previsão os definisse, “... seria o mesmo que admitir sua não consagração.”¹⁶

Por isso, o conteúdo da norma, ainda, prevalece em sua definição como “fundamental”, especialmente se veicular valores inerentes à própria noção de pessoa. Assim, deve-se admitir que normas de caráter infra-constitucional, ou mesmo de direito internacional, veiculem direitos fundamentais¹⁷, *verbis*:

“... por os direitos fundamentais poderem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade (...) há (ou pode haver) normas de Direito ordinário, interno e internacional, atributivas de direitos equiparados aos constantes de normas constitucionais.”¹⁸

Nem seria necessário dizer que os direitos fundamentais são materialmente constitucionais, dotados, pois, de uma *supremacia*¹⁹, característica das regras e princípios constitucionais.²⁰

Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001, p. 19). Mas adiante, completa: “De hecho, en la experiencia histórica del constitucionalismo, tales intereses [*direitos fundamentais*] coinciden con las libertades y con las demás necesidades de cuya garantía, conquistada al precio de luchas y revoluciones, dependen la vida, la supervivencia, la igualdad y la dignidad de los seres humanos.” (*Op. Cit.*, p. 21)

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 73-74.

¹⁵ Jorge Miranda enfatiza que direitos fundamentais podem estar previstos na *constituição material* e na *constituição formal*. Para o autor luso, os direitos fundamentais formais são aquelas “posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição.” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. IV, 1993, p. 7)

¹⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. IV, 1993, p. 8.

¹⁷ A constituição brasileira, no § 2^o do art. 5^o, adota expressamente este posicionamento: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.”

¹⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. IV, 1993, p. 9-10.

¹⁹ Para Dworkin os *background rights* (cujo tradutor do texto, em nota explicativa na p. XV, afirma que embora tenha utilizado a expressão “direitos preferenciais”, esclarece que se trata, na realidade, dos “direitos fundamentais”), indica como distintivo destes direitos a característica de “que, considerados abstratamente prevalecem contra as decisões tomadas pela comunidade.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XV). São os chamados direitos fundamentais elevados à categoria de cláusula pétrea.

²⁰ Miguel Angel Alegre Martínez destaca três funções jurídicas de resguardo desta supremacia: a função *legitimadora*, que vinculada a validade de uma regra infraconstitucional a sua harmonia com estes direitos; a *promocional*, que vincula o Estado a dar máxima efetividade aos direitos fundamentais, independentemente de haver lei que os regulamente e, ainda, de estabelecer um controle sobre leis restritivas de direitos fundamentais, não permitindo que estas restrições firam o núcleo destas garantias, ou que sejam desarrazoadas, ilógicas ou desproporcionais; a *hermenêutica*, que determina que as regras de direito serão interpretadas *de acordo* com o

Fixada esta premissa, há de se salientar que a EC 45/04 elevou a *status* de direito fundamental, ao positivizar o inc. LXXVIII do art. 5º, a garantia de razoável duração do processo.

Além de constituir direito fundamental, as garantias de um processo justo, célere e efetivo podem ser consideradas, também, como integrante do catálogo dos direitos humanos, como ensina Fernando Gonzaga Jayme:

“A identificação dos conteúdos dos direitos fundamentais e dos direitos humanos é de fácil constatação: basta cotejar o art. 5º da Constituição da República com os Tratados de Direitos Humanos, uma vez que a Constituição de 1988 consagrou um extenso rol de direitos fundamentais coincidentes com os constantes nestes tratados, algumas vezes, de forma até mais abrangente.”²¹

Ontologicamente, porém, não se pode defender que direitos humanos e direitos fundamentais sejam de igual natureza, embora tenham em comum a ideia de supremacia²² e de fundamentação na dignidade da pessoa humana. É nessa medida que, corretamente se ensina que “os métodos e sujeitos da interpretação e os instrumentos existentes para concretização de uns e outros são distintos.”²³

No entanto, reconhecido o caráter fundamental, veiculador da dignidade humana e de vinculação aos direitos humanos, há de se reconhecer que a garantia à duração razoável do processo não trouxe um fruto sequer para o aprimoramento do acesso à justiça.²⁴

A EC 45/04, embora tenha positivado um poderoso instrumento para dirigir uma reinterpretção da tutela jurisdicional, pouco de concreto trouxe ao cidadão brasileiro, especialmente se entendermos a garantia de acesso à justiça em tempo razoável como direito a

catálogo de direitos fundamentais. (MARTÍNEZ, Miguel Angel Alegre. *La Dignidad de la Persona como Fundamento del Ordenamiento Constitucional Español*. León: Univerdidad de León, 1996, p. 72)

²¹ JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos Humanos e sua Efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 3.

²² Na visão de Willis Santiago Guerra Filho, a proximidade entre os institutos é inegável, mas não se deve confundir direitos fundamentais, compilados (expressa ou implícitamente) na ordem jurídica interna, com os direitos humanos, *estes como vocação universalista, internacional*, direitos que constituem verdadeiras “pautas ético-políticas, direitos morais, situados em uma dimensão supra positiva, deontologicamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas [internas]”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 43-44)

²³ JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos Humanos e sua Efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 3.

²⁴ “é importante repisar que as reformas da Constituição e da legislação processual, de índole meramente paliativas, não apresentaram resultados apreciáveis e não foram suficientes para, sequer, acender a esperança de tempos melhores.” (JAYME, Fernando Gonzaga. “Os Problemas da Efetiva Garantia de Proteção Judicial Perante o Poder Judiciário Brasileiro.” In: JAYME, Fernando Gonzaga. FARIA, Juliana Cordeiro de Faria. LAUAR, Maira Terra (coords.) *Processo Civil – Novas Tendências: Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 254)

um instrumento que “serve para determinar duas finalidades básicas de um sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir *resultados que sejam individual e socialmente justos*”, na expressão de Mauro Cappelletti e Bryant Garth.²⁵

Malgrado, até então, *este novo direito fundamental* (e é importante frisar que trata-se de novo, pois um dos subterfúgios para negar a mudança é defender que esta garantia já estava “implícita” no texto constitucional), não tem servido para reinterpretar de nenhum dos institutos do direito processual vigente (“*imobilismo conceitual*”²⁶ na feliz expressão de Fernando Gonzaga Jayme), a denunciar que nossos tribunais ainda não assimilaram a lição de que “a garantia da democracia e, por conseguinte, dos direitos humanos, é constituída pelo processo, não em dimensão meramente formal, mas no seu sentido concreto...”²⁷

Porém, a doutrina já faz a conexão entre o direito humano de acesso à justiça e garantia de execução (efetivação) dos julgados, como se vê em estudo monográfico de Danielle Annoni sobre o tema:

“No entanto, não se pode reduzir o direito de acesso à justiça em um prazo razoável ao mero cumprimento dos prazos legais por parte do Poder Judiciário e das partes envolvidas no processo. É preciso ter-se claro que o direito de acesso à justiça em um prazo razoável é uma garantia do ser humano face ao Estado contemporâneo, e não um mero recurso do Poder Judiciário. *Isso implica dizer que todos os Poderes estatais são responsáveis por sua efetivação, respondendo a União pela reparação e indenizações oriundas de uma violação.*”²⁸

É hora de este substrato teórico passar a fazer parte da *práxis*, fomentando a jurisprudência nacional a dar os contornos realmente necessários às garantias constitucionais de acesso à justiça e efetividade da jurisdição, em tempo razoável, pois “a margem de discricionariedade política também se reduz diante de compromissos e padrões internacionais

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Brian. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988, p. 8.

²⁶ “Apesar da inevitável tendência de convergirem os conteúdos dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, esse fenômeno ainda não se manifestou no Brasil. Ao contrário, tem-se verificado um agudo distanciamento da concretização dos direitos da pessoa humana. A negação de direitos fundamentais e direitos humanos no Brasil é secular e não meramente conceitual; é principiológica. Os tribunais brasileiros empregam uma metodologia hermenêutica restritiva e conservadora, esquecendo-se, em muitos momentos, que a Constituição da República tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana.” (JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos Humanos e sua Efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 4)

²⁷ JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos Humanos e sua Efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 8.

²⁸ ANNONI, Danielle. *O Direito Humano de Acesso à Justiça em um Prazo Razoável*. Florianópolis: UFSC / tese de doutoramento, 2006, p. 181.

oficialmente cancelados de atendimento a certos direitos e mesmo quanto à forma de cumprimento de certos deveres pelo Estado.”²⁹

2.2 Acesso à Justiça como garantia ligada à efetivação de direitos. Necessária distinção entre celeridade e efetividade

No direito brasileiro há um entendimento equivocado de que a garantia de acesso à justiça e uma das subgarantias decorrentes desta, a do duração razoável do processo, estão ligadas à celeridade de tramitação do feito na fase de cognição, excluída a fase executiva, o que afigura bradante equívoco. Veja-se, por todos, a lição de Nelson Nery Jr., para quem, a garantia constitucional de duração razoável é assim conceituada:

“O princípio da duração razoável possui dupla função, porque, de um lado, respeita ao *tempo do processo* em sentido estrito, vale dizer, considerando-se a duração que o processo tem desde seu início até o final com o trânsito em julgado judicial ou administrativo (...). O prazo razoável é garantido para que o processo se inicie e termine, incluída, a fase recursal, *já que só se pode entender como terminado o processo no momento em que ocorre o trânsito em julgado, isto é, não couber mais recurso contra a última decisão proferida no processo.*”³⁰

É lamentável que a garantia de duração razoável do processo seja apequenada somente à *fase de conhecimento* (que após a reforma de 2005/2006 nem sequer mais “termina” o processo), sem se atentar que a *ratio* da tutela jurisdicional não é (somente), via de regra, o acerto da relação jurídica, mas, sim, a outorga concreta do bem da vida disputado. Frise-se que, “sob o aspecto material, o acesso à justiça associa-se à noção de efetividade do processo enquanto instrumento hábil para realizar o direito material, o que *conduz o enfoque da questão para a análise da duração dos processos.*”³¹ Vale dizer, com Barbosa Moreira, que “será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material.”³²

Um sistema de tutela jurisdicional que não garanta a executoriedade das suas decisões não é um sistema sério: *é impotente e sem força, é inútil, incapaz; é ilusório, é*

²⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100.

³⁰ NERY Jr., Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 314 – grifos nossos.

³¹ JAYME, Fernando Gonzaga. “Os Problemas da Efetiva Garantia de Proteção Judicial Perante o Poder Judiciário Brasileiro.” In: JAYME, Fernando Gonzaga. FARIA, Juliana Cordeiro de Faria. LAUAR, Maira Terra (coords.) *Processo Civil – Novas Tendências: Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 254.

³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Por um Processo Socialmente Efetivo.” *RSDCPC* 11/5.

sintoma de um *Estado de Direito de Fachada*; e nem os cidadãos, tampouco os outros órgãos estatais levam a sério uma Justiça que não possa fazer valer suas decisões, como observou o Ministro do Tribunal Constitucional Alemão e Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade de Dresden e Professor da mesma disciplina na Universidade Leibniz, de Hannover, Dr. Reinhard Gaier, *verbis*:

“A regra geral preceitua que um tribunal só pode funcionar efetivamente no interesse do cidadão que lhe procura, *se suas decisões também puderem ser executadas*.

Se uma sentença se esgota na simples declaração de uma relação jurídica ou na mera pronúncia de um comando condenatório, sem que a decisão possa ser cumprida, *mesmo contra a vontade da parte, a atividade judicial resta incompleta. A parte vencedora frequentemente não tem mais do que um pedaço de papel nas mãos e fica, em última análise, dependente da boa vontade da parte contrária para obter seu direito*.

Se um tribunal puder dar ao jurisdicionado, que busca proteção jurídica, apenas uma tutela de tal modo limitada, sofrerá ele um *sensível prejuízo na sua autoridade*. Um tribunal assim *impotente e sem força* mostra-se ao jurisdicionado como um *torso inútil, incapaz de permitir que o Direito prevaleça*. Na melhor das hipóteses, *produz a ilusão de uma fachada de Estado de Direito*; e nem os cidadãos, tampouco os órgãos estatais, *levam a sério uma Justiça que não possa fazer valer suas decisões*.³³

Por isso, celeridade é sim entendida como a qualidade do processo rapidamente declarar os direitos em jogo, mas efetividade é instituto diretamente ligado à execução ou, no idioma Inglês, *enforce*, ideia que liga-se imediatamente na transformação do mundo concreto, como ensina Henry Campbell Black: “Enforce. To put into execution; to cause, to take effect; to make effective; as, to enforce a writ, a judgment, or the collection of a debt or fine.”³⁴

Miguel Fernández-Ballesteros disse, com propriedade, que

“... asi todas las actividades necesarias para que la tutela sea ‘efectiva’ – como quiere el art. 24, I. de nuestra Constitución – están encomendadas al *proceso de ejecución*; de ahí su importancia científica y práctica.”³⁵

Um processo célere e ineficaz remete à ideia de um belíssimo viaduto, com vigas estaiadas, pistas de rolamento duplicadas ou triplicadas, mas que liga um congestionamento a outro. Na expressão de Giorgio Costantino, não basta o sistema processual garantir institutos

³³ GAIER, Reinhard. “A Execução das Decisões na Jurisdição Constitucional.” In: LEAL, Márcio Flávio Mafra (coord.). *Seminário Internacional Brasil – Alemanha : Pontes Miranda, Recife/PE, 7 a 9 de outubro de 2010*. (Trad. Márcio Flávio Mafra Leal). Brasília: Conselho da Justiça Federal – CJF / Centro de Estudos Judiciários – CEJ, 2010, p. 81 - grifei.

³⁴ BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 2ª ed. Minnesota: West Publishing Co., 1910, p. 425. (Grifei)

³⁵ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Angel. *La Ejecución Forzosa y las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Iurgium, 2001, p. 13.

de aceleração, como os de tutela de urgência, se não tem instrumentos para, depois, realizar a prestação reconhecida na decisão judicial, *verbis*.

“In riferimento ai processi esecutivi, occorre ricordare il ruolo fondamentale della esecuzione forzata nell’ambito della tutela giurisdizionale: non basta ottenere il riconoscimento o la attribuzione di un diritto, ovvero un provvedimento anticipatorio, né prevedere titoli esecutivi stragiudiziali *se non si dispone anche degli strumenti per realizzare coattivamente quel diritto nel caso di mancata cooperazione del soggetto o dei soggetti obbligati*. (...) *L’esecuzione forzata, nel suo complesso, tuttavia, costituisce il settore della giustizia civile che presenta più limitati margini di efficienza.*”³⁶

A definição de processo deve levar em consideração a fase executiva, esta sim, realizadora dos direitos em jogo. Processo, é, pois, “o procedimento que se desenvolve em contraditório entre os interessados, na fase de preparação do ato final e entre o ato inicial do procedimento de execução até o ato final, aquele provimento pelo qual é julgada extinta” – na perfeita definição de Aroldo Plínio Gonçalves.³⁷

Este é o problema do processo civil brasileiro. Bibliotecas inteiras são escritas com loas às “técnicas de aceleração” do processo, como as que estão previstas no “novo Código de Processo Civil” em trâmite no Congresso Nacional, que, no entanto, amplia as hipóteses de impenhorabilidade, sem quase nenhum reclamo da doutrina, chancelando a verdadeira e única máxima do processo civil brasileiro: “*ganha, mas não leva*”.

Para demonstrar o quão pernicioso é este estado de coisas, quer-se, ainda, explorar outros dois aspectos do problema da baixa efetividade do sistema processual brasileiro, no tocante à execução dos julgados.

2.2.1 O aspecto econômico e o descumprimento dos precatórios

Existe um componente econômico que não pode ser ignorado pelo operador do direito na análise jurídica deste problema. Como o Poder Judiciário simplesmente não tem força para impor o cumprimento de suas decisões que impliquem no pagamento de quantia, a manutenção do estoque de precatórios acaba se tornando uma espécie de financiamento que, embora relativamente caro, é quase ilimitado – como observou Leonardo David Quintiliano.³⁸

³⁶ COSTANTINO, Giorgio. “Le Riforme della Giustizia Civile nella XIV Legislatura.” *Rivista de Diritto Processuale* 1-2005/30 – grifos nossos.

³⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 96.

³⁸ “[...] as dívidas judiciais foram tratadas pelos governos dos entes subnacionais como forma de financiamento indireto. Num primeiro momento, era-lhes facultada emissão de títulos públicos não computáveis para efeitos

Tal fenômeno passa a tomar atenção dos operadores do direito, como ressalta Humberto Gomes de Barros, *verbis*:

“O Poder Judiciário brasileiro é vítima de um defeito, intolerável nesta época dominada pelo economismo: a baixíssima relação custo- benefício.

De fato, o Judiciário passa anos a trabalhar, na solução de determinada pendência. Nessa tarefa, põe em movimento estrutura gigantesca, ocupando verdadeira multidão de agentes e órgãos, localizados em diversas unidades da Federação. De tanto labor resulta, entretanto, documento cuja força, normalmente, é inferior àquela contida na mais singela das cédulas comerciais: a duplicata não aceita. Enquanto a duplicata adquire força executiva mediante simples protesto, a sentença necessita passar por novo processo (o de liquidação), tão complicado quanto aquele que a gerou. Só então – depois de liquidado – o preceito judicial adquire força executiva.

Tanta desproporção entre esforço e resultado faz lembrar o parto da montanha, da velha fábula de Esopo, reduzida por Horácio, na expressão ‘parturient montes, nascetur ridiculus mus’. A montanha contraiu-se, revirou-se, urrou e, finalmente, pariu... um rato, desprezível e impotente.

Nosso Poder Judiciário imita a montanha: após vários anos de barulhenta movimentação, dá à luz uma sentença ilíquida, gongórica e inútil.

A ineficiência da Jurisdição é potencializada quando se trata de sentença condenando o Estado a algum pagamento em dinheiro. Então, a Sentença, além de ser desobedecida, é praticamente inexecutável. O preceito judicial transforma-se em precatório – mero pedido dirigido à Administração, para que reserve, em futuro orçamento, dinheiro suficiente ao cumprimento da condenação. Não há prazo preempatório relativo ao cumprimento, nem sanção eficaz para a desobediência.”³⁹

Mas não é só o desrespeito do executivo que gera o problema. O Poder Judiciário, especialmente os órgãos de cúpula, não se dão ao respeito (na verdade, não respeitam os direitos que deveriam tutelar). Vamos a um exemplo. É clara como o sol a garantia fundamental prevista na CF/88 que ninguém será privado dos seus bens sem *justa e prévia* indenização, direito fundamental que não carece de regulamentação⁴⁰ e cuja aplicabilidade parece ser simples: *mas, na prática, os tribunais superiores fazem parecer que não é.*

de limites de endividamento para quitação de precatórios. Com isso, mais lhes sobrava para operações contratuais destinadas a fazer frente aos seus déficits orçamentários. Num segundo momento, mesmo após a proibição de emissão de títulos para tal fim, o não pagamento de precatórios alimentares continuou a representar forma de receita de capital para tais entes, driblando os limites de endividamento impostos pela legislação nacional.” (QUINTILIANO, Leonardo David. “Políticas Públicas e Endividamento: como os precatórios financiam os entes federativos.” *Observatório da Jurisdição Constitucional* 2/5)

³⁹ BARROS, Humberto Gomes. “Prefácio.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (coord.). *Execução Contra a Fazenda Pública – Razões Políticas do Descumprimento às Ordens Judiciais*. Brasília: Série Pesquisas do Centro de Estudos Judiciários (CEJ) / Conselho da Justiça Federal (CJF), 2002, vol. 8, p. 3-4.

⁴⁰ “A regra constitucional do § 16 [o § 16 do art. 141 da CF/46 tem redação idêntica ao atual art. 5º, inc. XXIV da CF/88] é *self-executing*. Se não existisse qualquer lei sobre desapropriação, a Justiça apenas teria que verificar se não houve violação do preceito, quer dizer – se foi ordenada por necessidade pública, ou por utilidade pública, tendo-se dado indenização prévia.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti.

A primeira polêmica é: quando a desapropriação gera efeitos? E tal polêmica não é acadêmica e ingênua. Estabelecido o momento em que a desapropriação gera efeitos é que, por tabela, se estabelece qual o momento da indenização, pois este deve ser anterior àquele. Existem posicionamentos esdrúxulos (ou “ideologicamente” comprometidos com temas outros que não a construção dogmática de um discurso democrático), que, por exemplo, defendem o absurdo de que a indenização deveria preceder ao registro na matrícula no Cartório Imobiliário,⁴¹ como se a essência da propriedade estivesse no cartório e não no mundo real. No entanto, a tese que sagrou-se vencedora é, *igualmente lesiva ao cidadão e à cláusula pétrea inserta no inc. XXIV do art. 5º da CF*; a doutrina – *mesmo contra texto de natureza constitucional* (§ 3º do art. 78 do ADCT leva em consideração a imissão na posse para prazo de pagamento especial) – indica como correta que o pagamento é o ato que ultima a desapropriação. Trata-se de interpretação pró Fazenda, inaceitável. Neste sentido José dos Santos Carvalho Filho,⁴² Celso Antonio Bandeira de Mello.⁴³

Data venia, desapossado, o cidadão perde todo conteúdo econômico de sua propriedade, ainda que no cartório o imóvel ainda conste em seu nome (uma pálida sombra de propriedade, apenas, lhe resta). Não se entende qual é a polêmica. O Estado só pode obter o proveito econômico do bem *depois de indenizado o cidadão expropriado*, isso parece ser o óbvio ululante. Depois de imitado na posse, ainda que de maneira provisória, qualquer vestígio econômico da propriedade é retirado do particular, e este benefício econômico em favor do Estado deve ser, necessária e obrigatoriamente, precedido da justa indenização, como quer a CF/88 e determina o próprio Decreto-Lei que regulamenta a desapropriação (Decreto-Lei n. 3.365/41). E a *ratio iuris* é simples: desapossado é que o cidadão precisa, urgentemente, repor seu patrimônio, para manutenção dos *status quo*, já que a imissão na posse, concreta e efetivamente, passa ao Poder Público o direito de “usar e gozar”, núcleo do direito de propriedade. Eis o texto da norma em comento, *verbis*:

Decreto-Lei n. 3.365/41, art. 29. “Efetuado o pagamento ou a consignação, expedir-se-á, em favor do expropriante, *mandado de imissão de posse*, valendo a sentença como título hábil para a transcrição no registro de imóveis.” (grifos nossos)

Comentários à Constituição de 1946. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947, vol. III, p. 266 – grifos nossos)

⁴¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Por um Processo Socialmente Efetivo.” *RSDCPC* 11/5.

⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 808.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 875.

Data maxima venia, tanto a constituição quanto a lei que a regulamenta indicam que é com a *retirada da posse* que se observa o *esvaziamento econômico do patrimônio do cidadão* e, portanto, o *momento da plena indenização*.⁴⁴ E a Constituição (e a lei) determinam, sem tergiversar, que a indenização deve ser quitada *antes deste esvaziamento*, logo, antes da imissão na posse, seja ela definitiva ou provisória, porque, economicamente, é isso que interessa (teoria socioeconômica da posse⁴⁵).

Antonio Hernandez Gil, um verdadeiro visionário sobre as questões possessórias, advertiu há muito que “surpreende que a posse, com tão forte conteúdo de facto, isto é, de acontecer vital, se apresente como que estratificada nos livros e nos códigos. Ela tem sempre fundidas as suas razões nas mais elementares manifestações da convivência social, e contudo, (ainda) não se retiraram disso as indispensáveis consequências.”⁴⁶

A moderna teoria possessória explica que, antes da propriedade, protege-se a posse com instrumentos jurídicos ágeis, pois ela “não é somente o *conteúdo do direito de propriedade*, mas sim, e principalmente, *sua causa e necessidade*.”⁴⁷

Neste sentido, é de se aplaudir o TJ/SP, que editou o enunciado de Súmula n. 30, com a seguinte redação: “Cabível sempre avaliação judicial prévia para imissão na posse nas desapropriações.”

Entretanto, como a toda ação corresponde a uma reação, o Governo do estado de São Paulo ingressou com a ADPF de n. 249 para que o Supremo Tribunal Federal declare, com efeito vinculativo, a ilegalidade/inconstitucionalidade da Súmula 30 do TJ/SP, com o intuito de iniciar as obras do metrô e do “trem bala”, sem pagar a justa e prévia indenização aos cidadãos, sob o argumento de que a “avaliação judicial prévia” viola o art. 15 do Decreto-Lei

⁴⁴ “Embora o art. 5º, XIV da CF/1988 contemple a desapropriação dos bens particulares ‘mediante justa e prévia indenização em dinheiro’, a jurisprudência do STF, na prática, descartando a prévia avaliação judicial para a imissão na posse (art. 15, *caput*, do Dec.-lei 3.365/1941), aniquilou a garantia. Implicitamente, o Tribunal autoriza o expropriante a depositar uma quantia irreal e insignificante. Em conseqüência, o provimento final da desapropriação criará um crédito com elevada taxa de juros reais, objeto da requisição de pagamento.” (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 1033)

⁴⁵ “O possuidor perde a posse quando não há mais poder fático de ingerência socioeconômica sobre determinado bem. A perda pode ocorrer por interesse próprio (perda voluntária), como sucede no abandono (...) Poderá verificar-se, também, independentemente da vontade do possuidor (perda involuntária).” (FIGUEIRA Jr., Joel Dias. *Liminares nas Ações Possessórias*. 2.ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 60)

⁴⁶ GIL, Antonio Hernandez. *La Función Social de la Posesión*, p. 90 *apud* SOARES, Fernando Luso. “Ensaio sobre a Posse como Fenómeno Social e Instituição Jurídica.” In: RODRIGUES, Manuel. *A Posse: estudos de Direito Civil Português*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1986, p. XXV.

⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 13.

3.365/41. Eis o teor da norma que o Sr. Governador do Estado de São entende que é violada pela Súmula 30 do TJ/SP:

Art. 15. “Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada *de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil*, o juiz mandará imití-lo provisoriamente na posse dos bens;

§ 1º A imissão provisória *poderá ser feita*, independente da citação do réu, mediante o depósito:

a) do preço oferecido, se este for superior a 20 (vinte) vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial;

b) da quantia correspondente a 20 (vinte) vezes o valor locativo, estando o imóvel sujeito ao imposto predial e sendo menor o preço oferecido;

c) do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior;

d) não tendo havido a atualização a que se refere o inciso c, o juiz fixará independente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originalmente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel.” (grifos nossos)

O que exatamente pleiteia o Sr. Governador é que prevaleça (de maneira vinculatória, pois de fato, já é o entendimento majoritário nos tribunais superiores, como veremos), que o § 1º da norma seja interpretado isoladamente, e sem qualquer verificação de compatibilidade (interpretação conforme) a Constituição Federal, para “obrigar” aos magistrados paulistas lhe conceder a imissão na posse com o depósito irrisório e simbólico que bem entender, empurrando a “prévia e justa indenização” para o “corredor da morte” dos precatórios. Curioso é que a regra do art. 15, *caput*, prevê, expressamente, a prévia avaliação judicial, nos termos do art. 685 do CPC: a regra do § 1º, que dispensa a prévia avaliação, fica vinculada ao “juízo de valor” do magistrado *a quo*, pois o legislador foi enfático: “*a imissão na posse poderá ser feita*” sem a prévia avaliação. Tal locução (*poderá*), deixa clara a opção pelo crivo judicial, e não pela discricionariedade administrativa, no momento de estabelecer a justa e prévia indenização “provisória”.

No entanto, no âmbito do STJ e do STF, tem prevalecido a triste interpretação, isolada e flagrantemente inconstitucional (e ilegal, na medida que contraria aos arts. 29 e 15, *caput*, do próprio Decreto-Lei 3.365/41, ambos determinando a prévia e justa indenização, aferível mediante avaliação judicial idônea), de que a imissão na posse “deve” ser deferida sem avaliação judicial prévia, quando é alegada a urgência pelo ente expropriante.

E o pior é que na decisão monocrática que extinguiu a referida ação (decisão ainda não transitada em julgado, vez que pende ainda Agravo Regimental), o Min. Celso de Mello

fundamentou seu *decisum* exclusivamente em fundamentos processuais, explicitando, *obiter dicta*, que, no mérito, *assiste razão ao pleito do governo do estado de São Paulo*.

Eis os termos da decisão:

“Torna-se ainda mais evidente a inobservância do postulado da subsidiariedade, se se considerar que a controvérsia jurídica ora suscitada pelo Senhor Governador do Estado de São Paulo tem sido julgada *favoravelmente a essa mesma pessoa política, tanto em sede de recurso extraordinário* (RE 141.636/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – RE 167.656/SP, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – RE 176.290/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – RE 185.933/SP, Rel. p/ o acórdão Min. MOREIRA ALVES – RE 195.586/DF, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – RE 237.922/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) *quanto no âmbito de recurso especial* (AI 1.182.828/SP, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO – AI 1.189.496/SP, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO – REsp 1.187.912/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS – REsp 1.200.504/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, v.g.):

‘ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE. ART. 5º, XXIV, LV, DA CF. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. CONTRA-RAZÕES. RE. INTIMAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. ART. 15, § 1º, DO DECRETO-LEI 3.365/41. SÚMULAS STF 279 E 652.

1. Este Tribunal, em várias oportunidades, firmou o entendimento de que, não havendo prejuízo para qualquer das partes, nenhum ato processual será declarado nulo, conforme o brocardo ‘pas de nullité sans grief’. No caso dos autos, não houve tal comprovação. Não há que falar, portanto, em cerceamento de defesa. Precedentes.

2. A orientação deste Tribunal é pela compatibilidade dos parágrafos do art. 15 do Decreto-lei 3.365/41 com o artigo 5º, XXIV, da Constituição Federal. Súmula STF 652.

3. Concluir pela inaplicabilidade do referido Decreto-lei 3.365/41, no caso, envolveria o reexame de fatos e provas (Súmula STF 279), hipótese inviável nesta via. 4. Agravo regimental improvido.’

(AI 764.402-AgR/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE – grifei)

‘DIREITO ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO NA POSSE. AVALIAÇÃO PROVISÓRIA. DESNECESSIDADE. URGÊNCIA. DECRETO-LEI Nº 3.365/41, ART. 15, § 1º.

1. O art. 15 do Decreto-Lei nº 3.365/41, em seu parágrafo primeiro, deixa claro que a imissão provisória na posse pode ocorrer antes mesmo da citação do expropriado, o que torna evidente que a avaliação do imóvel não deve ser prévia, mas de realização diferida à instrução do processo.

2. Compete ao magistrado de primeiro grau verificar a adequação do valor depositado com a norma – artigo 15, § 1º, do Decreto-Lei 3.365/41.

3. Recurso especial provido.’

(REsp 1.193.333/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA – grifei)

Em suma: os atos objeto de impugnação nesta causa não se mostram aptos a sofrer questionamento mediante utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, exatamente por se revelarem suscetíveis de neutralização por outros meios processuais impregnados de pronta e ampla eficácia, o que impede – tendo em vista a exigência imposta pelo postulado da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99,

art. 4º, § 1º) – a instauração deste processo objetivo de controle normativo concentrado.”⁴⁸

Tal posição do STF e do STJ chancelam uma verdadeira expropriação nazista, manietando o juiz natural de proceder a investigação que julga necessária, em prol de um interesse público secundário e violador de garantias fundamentais. Trata-se do fenômeno, já observado pela doutrina de Fernando Gonzaga Jayme, denominado de “imobilismo conceitual”, que tem impedido os nossos tribunais concretizar as garantias constitucionais, figurando “a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal como um triste exemplo desse imobilismo.”⁴⁹

Com este tipo de beneplácito, não raro, a mesma Administração Pública que permanece com altos estoques de precatórios judiciais inadimplidos adquire helicópteros, aviões, automóveis de altíssimo luxo – todos para transporte de agentes políticos (e não para prestação de algum serviço público relevante⁵⁰), além de adornos suntuosos para palácios e residências de altos funcionários públicos, mantendo os precatórios inadimplidos *ad aeternum*.

Por outro lado, *mesmo em administrações “quebradas” há sempre recursos para obras em período eleitoral, ou para gastos com serviços que não são de primeira necessidade, como propaganda e publicidade [eleitoreira – como demonstramos no item 2.2.1.1 – gastos com publicidade do estado de São Paulo], por exemplo.* Ora! Isso acontece porque o Judiciário e os mecanismos da execução contra a Fazenda não se impõem contra as investidas do Poder Executivo. Uma justiça séria e que queira ser levada a sério não “está entregue à boa vontade de outros poderes do Estado”,⁵¹ devendo impor-se e impor suas decisões, pois só “dessa forma, poderá o Tribunal garantir aos jurisdicionados uma tutela jurídica efetiva, que lhe incumbiu a Constituição.”⁵²

⁴⁸ Trechos da decisão do Min. Celso de Mello, extraídos dos seguintes autos: STF, decisão monocrática, Medida Cautelar em ADPF 249/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJe 21/02/2013)

⁴⁹ JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos Humanos e sua Efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 5.

⁵⁰ O exemplo é tirado da seguinte obra: DELGADO, José Augusto. “Precatório Judicial e Evolução Histórica. Advocacia Administrativa na Execução Contra a Fazenda Pública. Impenhorabilidade dos Bens Públicos. Continuidade do Serviço Público.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 135.

⁵¹ GAIER, Reinhard. “A Execução das Decisões na Jurisdição Constitucional.” In: LEAL, Márcio Flávio Mafra (coord.). *Seminário Internacional Brasil – Alemanha : Pontes Miranda, Recife/PE, 7 a 9 de outubro de 2010*. (Trad. Márcio Flávio Mafra Leal). Brasília: Conselho da Justiça Federal – CJF / Centro de Estudos Judiciários – CEJ, 2010, p. 87.

⁵² *Idem, ibidem*.

É hora do sistema jurídico, especialmente por meio da doutrina, colocar novas perspectivas quanto ao uso dos poderes do Estado, para que estes sejam exercidos dentro do modelo constitucional de respeito às garantias fundamentais do cidadão, como doutrina Bernardo Strobel Guimarães:

“Por outro lado, registra-se que ao se engajar em diversas relações jurídicas, a Administração se relaciona patrimonialmente com os particulares. É o caso dos contratos administrativos de fornecimento, das parcerias público-privadas, bem como das desapropriações, entre outros. *Nessas hipóteses haverá o dever de pagamento por parte da Administração e por isso, exige-se que antes de ultimarem decisões dessa natureza haja disponibilidade de recursos para pagar o particular* (bem como os gastos atendam à responsabilidade fiscal que hoje se exige em relação a dispêndios públicos).

(...)

Nestas hipóteses em que está em causa um dado de proteção das expectativas patrimoniais dos particulares surge um elemento a mais no que se refere ao controle da atuação administrativa, que é a expectativa legítima de recebimento de valores por parte do particular, seja por conta de bens e serviços que esteja fornecendo, seja ainda por conta do sacrifício de um direito seu que é dotado de cunho patrimonial. E tal expectativa deve ser levada à sério pela Administração, que não pode, sob hipótese alguma, se locupletar de bens particulares. O cunho axiológico do preceito constitucional que protege o patrimônio privado da apropriação pública (art. 5º, XXIV) bloqueia qualquer possibilidade neste sentido, salvo os excepcionais casos de perdimento e confisco regulamentados em lei.

Pois bem. Mesmo havendo elementar proteção do patrimônio privado, fato é que não raramente a Administração adota opções relativas a esta sorte de relação que acabam por implicar em prejuízos aos particulares. Contratos são inadimplidos pela Administração. Desiste-se de desapropriações antes de pago o preço, mas depois da imissão na posse. Investimentos são feitos sem que tenha havido a respectiva depreciação. Enfim, o rol é amplo. *Pior, costumeiramente tais condutas remetem o particular à via do precatório. (...) Este detalhe não seria tão grave se os precatórios fossem pagos em dia, como é o modelo previsto pela Constituição. Contudo, no âmbito dos Estados e dos Municípios o pagamento tem sido moroso, comprometendo a efetividade do pagamento das condenações impostas ao Estado.*”⁵³

Em suma: particularmente, no caso de desapropriação, se a Administração não comprova, *ab initio*, que tem recursos financeiros em caixa, disponíveis para imediata entrega ao particular *antes da imissão na posse*, irrelevante aqui se há urgência ou não (salva obras em decorrência de catástrofes, devidamente excetuadas pela CF), o ato administrativo de desapropriação é flagrantemente nulo, e poderá ser extirpado do mundo jurídico.

⁵³ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. “Por uma Administração Responsável ou da Inviabilidade de a Atuação Administrativa Impor ao Particular o Regime de Precatórios.” In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich SCHIRATO, Vítor Rhein (coords.) *Direito Público em Evolução – Estudos em Homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 205.

Entretanto, ainda que os sólidos argumentos de Bernardo Strobel Guimarães sejam irrefutáveis, o que se verifica é que existem atos do Executivo que, com o beneplácito do Judiciário, remetem o particular ao regime de precatórios, quando a Administração Pública deveria ter adimplido previamente a obrigação, o que constitui flagrante violação às garantias constitucionais. E pior! Com a chancela do STF, como se vê neste lamentável precedente:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO NA POSSE. DEPÓSITO PRÉVIO. VALOR INSUFICIENTE. DIFERENÇA. PRECATÓRIO.

Verificada a insuficiência do depósito prévio na desapropriação por utilidade pública, a diferença do valor depositado para imissão na posse deve ser feito por meio de precatório, na forma do artigo 100 da CF/88.

Agravo regimental a que se nega provimento.”⁵⁴

Curiosamente, o cinismo estatal é tamanho que, em contratos de grande monta, ao invés de regime de precatórios, a Lei 11.079/2001 (Lei das Parcerias Público-Privadas), permite ao “particular” (grande corporação internacional, via de regra), receber seus créditos pela apropriação direta de parcela da arrecadação do “parceiro público”, a revelar que existe um “apartheid” a separar “credores” de “credores hiper privilegiados”, fomentando o modelo de pilhagem internacional que apresentaremos no capítulo 5 desta tese.

O Poder Judiciário precisa entender que é um “player” no mundo econômico, assumindo sua posição como participante das decisões econômicas e políticas. Para tanto, é necessário entender um modo diferente de analisar o fenômeno jurídico – a corrente denominada *Análise Econômica do Direito* (AED). Nomes como Richard Posner, Guido Calabresi, Ronaldo Coase – entre outros – despontam como autoridades deste método de pensamento jurídico.

Segundo Richard Posner, os estudos que ligam *direito e economia* tomam corpo de um *movimento jus-filosófico* depois de 1957,⁵⁵ ano da defesa da tese de doutorado de Gary Becker, na Universidade de Chicago, sobre os impactos econômicos da política de discriminação racial nos EUA.⁵⁶

⁵⁴ STF, 2ª T., v.u., AgReg em RE 598.678, rel. Min. Eros Grau, j. em 01/12/2009.

⁵⁵ POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 5.

⁵⁶ Gary Becker é economista (seus estudos lhe garantiram o prêmio Nobel em economia, em 1992, “por expandir as esferas da análise econômica a outras áreas do comportamento e das relações humanas” – segundo a Academia Real de Ciências da Suécia). Sua proposta de analisar, sob o viés econômico, comportamentos humanos em situações como divórcio, adultério, suicídio etc., incentivou toda uma geração de juristas a trazer para o universo jurídico o modo de pensar do economista, fazendo nascer esta nova abordagem do fenômeno

Para esta corrente,

“o pressuposto básico da economia que orienta a versão da análise econômica do direito... é o de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações – *todas* as pessoas (com exceção de crianças bem novas e das que sofrem graves distúrbios mentais), em *todas* as suas atividades (exceto quando sob influência de transtornos psicóticos ou perturbações semelhantes que decorrem do abuso de álcool e drogas) que impliquem em uma escolha.”⁵⁷

Em outras palavras, a *Análise Econômica do Direito*, pode ser sintetizada pela “aplicação da teoria econômica, em especial, seu método, para o exame da formação, estruturação e impacto da aplicação das normas e instituições jurídicas.”⁵⁸

Forte no racionalismo,⁵⁹ a AED – em breves linhas – funda-se na análise do comportamento dos indivíduos, em razão de seus interesses econômicos dentro da sociedade, para fundamentar as normas jurídicas ou decisões no campo judicial, com especial atenção na *eficiência* das relações humanas. Esta especial atenção na eficiência implica que a AED tem um cunho eminentemente *pragmático*,⁶⁰ na medida em que não só o economista, mas também o aplicador do direito deve estar atento às consequências de suas decisões.

Não se ignora a existência de importante crítica desta corrente, que a vê como um meio de inserir no debate jurídico ideais e valores em contraste com nossa Constituição.⁶¹ No entanto, no específico ramo do processo de execução, *data venia*, entende-se que a análise econômica deve, sim, ser importante instrumento de fundamentação de decisões, tendo em vista que *as posições jurídicas já foram estabelecidas em outros quadrantes processuais*.

jurídico. Apenas como curiosidade, o nome adequado da honraria recebida por Becker é “Prêmio Sveriges Riksbank de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel”, posto que Alfred Nobel jamais criou um prêmio para as ciências econômicas. O “verdadeiro” prêmio Nobel é entregue para as seguintes áreas: Física, Química, Medicina, Literatura e o mais popular – Nobel da Paz.

⁵⁷ POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 473 – grifos no original.

⁵⁸ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GALESKI Junior, Irineu. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 53.

⁵⁹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. “Da Quebra da Autonomia Liberal à Funcionalização do Direito Contratual.” In: FIUZA, César. SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (coords.) *Direito Civil: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, vol. II, p. 244.

⁶⁰ Cf.: ALVAREZ, Alejandro Bugallo. “Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações.” *Direito, Estado e Sociedade* 29/50.

⁶¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 161.

Jairo Saddi faz um interessante estudo sobre *Crédito e o Judiciário no Brasil*,⁶² demonstrando como um sistema processual que não garante a fruição de direitos que não são voluntariamente cumpridos, em tempo razoável, *impacta no desenvolvimento econômico do país*. Isto porque um Judiciário fraco, dependente, leniente e pusilânime – como é o Judiciário brasileiro – não tem a capacidade de impor a quem quer que seja o cumprimento forçado das obrigações reconhecidas em sentença – especialmente ao Estado.

Por outro lado, em uma visão “estreita” dos políticos de plantão, o não pagamento dos precatórios implica em uma espécie de fundo inesgotável de recursos, sem nenhum risco. Esta mentalidade usa a realidade vigente, na qual o *tempo processual* está em desacordo com o *tempo real*, para postergar artificialmente o cumprimento de deveres indiscutíveis,⁶³ o que acaba por gerar no comportamento do Estado brasileiro e, das pessoas em geral, uma *litigância doentia (sham litigation)*⁶⁴, fruto desta própria incompetência operacional do Poder Judiciário, que se retro-alimenta, gerando um círculo vicioso. *Frise-se que o Judiciário é parte do Estado brasileiro e mantém consigo as mazelas daquele: nepotismo, desorganização, ausência de planejamento estratégico e gestão, corrupção, incompetência funcional, descrédito, leniência com os poderosos, apadrinhamentos – são todas “qualidades” que se observam no seio do Poder Judiciário, tanto quanto nos outros ramos do Estado nacional.*

⁶² SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil: uma análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, *passim*.

⁶³ “O tempo real torna-se, para tanto, um direito subjetivo fundamental na formação da decisão jurisdicional, em oposição ao tempo jurisdicional, o qual acaba se apresentando como verdadeiro violador de direitos fundamentais.” (DUARTE, Francisco Carlos. “Tempo e Decisão na Sociedade de Risco.” *RePro* 148/107 – grifou-se)

⁶⁴ “A expressão *sham litigation* pode ser entendida como ‘litigância simulada’. Entre traduções aceitáveis para a palavra inglesa *sham* temos: impostor, falso, fraude, simulação, procurar fazer crer. A doutrina da *sham litigation* diz respeito a uma ação – ou a conjunto de ações – promovida no âmbito do Poder Judiciário que careça de bases objetivas e fundamentadas e de expectativa plausível e razoável de sucesso, com a finalidade disfarçada de prejudicar concorrente direto. Ela também se refere ao abuso do direito de petição ao Poder Executivo e Legislativo. A tradução ‘litigância simulada’ enfatiza a compreensão da utilização de camuflagem processual pelo competidor de má-fé, uma vez que é primordial para a caracterização da conduta que a tutela estatal seja invocada com a finalidade deliberada de prejudicar a concorrência. (...) Contudo, defrontando-se com diversos casos, a Suprema Corte norte-americana percebeu que o direito de ação e petição não poderia continuar absoluto e precisava de restrições para que se evitasse o surgimento de danos à concorrência. Assim, o caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, que ficou conhecido como ‘PRE’, determinou o surgimento de um teste (‘PRE-Test’) para se apurar quando a litigância perante o Estado é uma farsa. O teste consiste em duas etapas: primeiro, verifica-se se a ação carece de base objetiva, ‘de modo que nenhum litigante razoável pudesse, de fato, esperar êxito em suas alegações de mérito’ (etapa objetiva do teste). Tão somente com essa possibilidade comprovada, analisar-se-ia se a ação esconde a intenção de se interferir no mercado, afetando concorrentes (etapa subjetiva do teste).” (TAVARES, Filipe Mascarenhas. “*Sham Litigation*: abuso do direito de ação. atos de má-fé e sua vantagem indevida.” *In*: <<http://jus.com.br/revista/texto/18730>>, Acesso em: 30 dez. 2011)

O Judiciário nada faz para forçar o pagamento e os gravames da LRF só se impõem sobre os pequenos municípios, de nada valendo contra os grandes – e, em especial, contra os Estados Membros. No entanto, a credibilidade geral perante investidores e outros organismos fica abalada – posto que os precatórios integram o que se chama de dívida pública.

A obtenção de “crédito público”, assim entendido como “aquelas formas de que dispõe o Estado para obter recursos públicos, gerando como contrapartida o endividamento”⁶⁵ resta prejudicada, pois esta captação fica a mercê da “(des)confiança” que o mercado deposita no pagamento dos empréstimos. Já sabedores que não há qualquer medida jurídica para impor o pagamento destas prestações, no caso de inadimplemento por parte do Ente Público, os empréstimos não são concedidos, ou o são com juros maiores do que aqueles praticados para outros países ou, ainda, são realizados mediante garantias reais (isso quando não à reboque de corrupção que garanta o recebimento por vias diretas ou indiretas).

Assim, fica bastante dificultosa às Administrações brasileira a obtenção de créditos (mas não só aos entes públicos: o Judiciário inoperante e inefetivo encarece *todas as operações de crédito*⁶⁶) – especialmente os estrangeiros – para realização de obras de infraestrutura, entre outros, em razão da má reputação que o Estado brasileiro tem (em razão da explosiva combinação de nenhuma responsabilidade dos administradores públicos e um Poder Judiciário incapaz de punir desmandos políticos).

A ineficiência do Poder Judiciário acaba impactando naquilo que se chama “custo Brasil”, encarecendo todas as operações financeiras e, em especial, o *spread bancário*⁶⁷ até para operações privadas – posto que a leniência do Poder Judiciário acaba por contaminar não só a execução contra a Fazenda Pública.

⁶⁵ JUND, Sérgio. *AFO – Administração Financeira e Orçamentária*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2008, p. 240.

⁶⁶ “Há três aspectos centrais para a discussão da tutela jurídica do crédito no Brasil: as garantias, os juros e a *certeza jurisdicional de sua execução*.” (SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil: uma análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 20). No mesmo sentido: PINHEIRO, Armando Castelar. “Judiciário Brasileiro: evidência empírica para o caso brasileiro.” In: PINHEIRO, Armando Castelar (org.) *Judiciário e Economia no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Estudos Sociais, 2009, p. 115.

⁶⁷ “... a diferença da taxa paga ao poupador, aquele que confia aos bancos os seus recursos e ao emprestador, aquele que toma emprestado.” (SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil: uma análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 158)

O Poder Judiciário, atualmente, acaba por ser equiparado a um “agente de mercado”,⁶⁸ uma vez que suas decisões influenciam a atuação dos demais agentes econômicos, e não apenas nas estreitas relações inter partes.⁶⁹

Segundo os documentos dos grandes agentes econômicos mundiais, o Poder Judiciário pode ser um fato que aumenta a competitividade econômica de determinado país, ao cultivar três qualidades: independência, previsibilidade de suas decisões e efetividade-celeridade processual. Em suma, a atuação do Judiciário pode ser redutora e, no caso brasileiro, *amplificadora de custos para toda a sociedade*.⁷⁰

Já é clássico o estudo de Italo Andolina sobre a relevância do tempo no processo. Diz o autor que a atividade jurisdicional,

“come ogni altra attività umana, è necessariamente immerso nel tempo... Questa considerazione potrebbe sembrare addirittura banale se la situazione attuale di crisi della giustizia non avesse messo drammaticamente in evidenza l’importanza del rapporto tempo-processo, dimostrando eloquentemente, ove ve fosse stato bisogno, che una eccessiva durata delle fasi processuali si risolve in un sostanziale *diniego de giustizia*.”⁷¹

⁶⁸ “... são os próprios economistas que, rompendo um isolamento nas Ciências Sociais, vêm nos últimos anos alertando para a importância fundamental que o Direito desempenha para um bom desenvolvimento econômico. São os autores da chamada Nova Economia Institucional, que embora agregue uma série de correntes e linhas de pensamento, de um modo geral se notabiliza por adotar a premissa de que as instituições importam para o desenvolvimento econômico, rejeitando assim os postulados econômicos ortodoxos.” (TIMM, Luciano Benetti. MACHADO, Rafael Bicca. “Direito, Mercado e Função Social.” In: <www.iders.org/textos/direito_mercado_funcao_social.pdf>, acesso em 20/07/2010)

⁶⁹ “Devido ao seu papel decisivo, um sistema judicial que é deficiente pode gerar custos importantes para uma economia. Por um lado, as decisões de um sistema judicial deficiente podem levar a uma atribuição ineficiente de direitos (em última análise, recursos) e gerar uma transgressão demasiado frequente dos outros direitos (em crimes patrimoniais, em litígios por descumprimento de contratos) com os custos sociais daí decorrentes. Por outro lado, as decisões de um sistema judicial deficiente podem gerar um ambiente de incerteza que reprime significativamente o desenvolvimento das atividades econômicas e restringe a extensão dos mercados, concorrência e inovação. A reforma de um sistema judicial pode ter, por conseguinte, um impacto importante nas possibilidades de crescimento de uma economia.” (EYZAGUIRRE, Hugo. “Institutions and Economic Development: Judicial Reform in Latin America.” In: *II Conference on Justice and Development in Latin America and the Caribbean*. Washington: Inter-American Development Bank, February, 1996, p. 3 – tradução livre)

⁷⁰ “A reforma econômica requer um bom funcionamento do judiciário o qual deve interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e *eficiente*. (...) Com a transição de uma economia familiar – que não se baseava em leis e mecanismos formais para resolução de conflitos – para um aumento nas transações entre atores desconhecidos cria-se a necessidade de maneiras de resolução de conflitos de modo formal. As novas relações comerciais demandam decisões imparciais com a maior participação de instituições formais. Todavia, o atual sistema jurídico é incapaz de satisfazer esta demanda (...). Algumas vezes isto desestimula as transações comerciais com atores desconhecidos possivelmente mais eficientes gerando uma distribuição ineficiente de recursos. Esta situação adiciona custos e riscos as transações comerciais e assim reduz o tamanho dos mercados, e conseqüentemente, a competitividade do mercado.” (DAKOLIAS, Maria. “Elementos para Reforma.” Trad. Sandro Eduardo Sardá. *Documento Técnico Número 319: O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe*. Washington: Banco Mundial, 1996)

⁷¹ ANDOLINA, Italo. “*Cognizione*” ed “*Esecuzione Forzata*” nel Sistema della Tutela Giurisdizionale. Milano: Giuffrè, 1983, p. 13. (Grifei)

O respeito ao contraditório, a necessária homenagem a certos limites impostos pelos direitos fundamentais do devedor e a própria demora natural do processo são elementos que, juntos, *mantêm inalterado o estado de coisas que originaram o processo*. Esta manutenção do *status quo* prolonga no tempo o gozo que o devedor tem de algo que é do credor, mas que indevidamente está consigo e, conseqüentemente, implica para o credor aquilo que o autor chama de “*dano marginal*”. O dano marginal consiste *no prejuízo que o credor experimenta pelo decurso de tempo entre a petição inicial e a entrega efetiva do pedido pelo Judiciário, período em que fica privado de usufruir direito seu, enquanto o devedor permanece fruindo da coisa, ante a atávica incapacidade de o processo celeremente entregar a tutela jurisdicional*.

José Rogério Cruz e Tucci, que estudou o processo sob o prisma do tempo, concluiu que a demora do processo tem evidente influência no direito objeto da lide, microscopicamente falando, e *no equilíbrio da economia, política e poder, numa visão macroscópica*.⁷² Resulta disso o fato de que certas regras que evidentemente aceleram o processo sejam ora estimuladas, ora sufocadas. Este jogo é *produto da forças políticas que se cristalizam na lei*, que pode, muitas vezes, se opor ao interesse verdadeiramente público.

Nisso se fundamenta o dano marginal, cuja síntese transcreve-se abaixo:

“Questa situazione (cioè la permanenza del bene dedotto in obbligazione entro la sfera giuridico-patrimoniale del debitore), mentre per l’attore è fonte di un danno spesso assai rilevante (tant’è che egli ne chiede la rimozione), per il convenuto invece è condizione indispensabile per la realizzazione di un suo specifico interesse (tanto è vero che egli ne chiede la conservazione)... la situazione concreta che si staglia sullo sfondo di esso continua ad incidere negativamente sulla sfera dell’attore, accrescendo progressivamente la dimensione complessiva del suo danno; e, per converso, continua ad incidere positivamente sulla sfera del convenuto, accrescendo progressivamente la dimensione complessiva del suo vantaggio. (...) A me pare che l’ordinamento processuale non possa restare indifferente di fronte a questo fenomeno, ma debba anzi adottare un atteggiamento il più possibile adeguato a fronteggiarlo; per lo meno nella misura in cui voglia restare consapevole della propria funzione, e quindi, anche, delle proprie responsabilità. (...) Orbene, questa peculiare condizione di incertezza introduce nel processo civile una dimensione interna di conflitto: da una parte, infatti, vi è l’innegabile constatazione che l’introduzione del processo non vale ad instaurare tra le parti una sorta di ‘tregua della giustizia’, non vale cioè a disinnescare quei processi in atto nella realtà storica per i quali la posizione giuridico-patrimoniale dell’attore va progressivamente deteriorandosi a vantaggio di quella del convenuto; dall’altra vi è la drammatica percezione di impotenza di un processo il quale, stante la segnalata incertezza della qualificazione giuridica del danno marginale, non è in

⁷² CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997, p. 114-115.

condizione, come sarebbe nelle sue migliori aspirazioni, di adottare un rimedio pienamente adeguato e tempestivo.”⁷³

Nesta linha de pensamento, o “jogo de forças políticas operantes”, com o beneplácito do Poder Judiciário, engendrou um sistema de “não” execução contra a Fazenda Pública que deve ser repudiada, sendo dever do operador do direito buscar soluções para ultrapassar este estado de coisas.

Em resumo, “a morosidade [da justiça] também tem consequências sérias, tanto por estimular os agentes a se comportarem de forma oportunista, iniciando processos que têm poucas chances de ganhar, como por ser injusta com a parte que teve seus direitos feridos.”⁷⁴

Por um “Estado de Direito” pretende-se que a administração pública, entre outras coisas, respeite o cidadão, suas liberdades e patrimônio, na feliz expressão de Pablo Lucas Verdú.⁷⁵ Entretanto, assiste-se a largas evidências de que o Brasil pode ser classificado como um “Estado de não Direito”, ou, se levarmos em consideração as lições de Reinhard Gaier, “... a ilusão de uma fachada de Estado de Direito.”⁷⁶

É o que acontece com o Estado brasileiro e o pagamento de sua dívida interna: não raramente aprova leis iníquas de parcelamento e remuneração destas dívidas que acabam por se tratar de verdadeiros confiscos. Este “confiscos”, tentados com força até de Emenda Constitucional, são realizados com a premissa (falsa) de que são valores impagáveis (a dívida interna é absolutamente menor que a externa – esta sim, regamente paga [sobre dívida externa e dívida interna, ver cap. 5, “Pilhagem e Estado de Direito”]). Ademais, representa menos de 0,8 % do PIB, segundo dados do CNJ⁷⁷ – o que equivale dizer que falta, mesmo, é “vontade política” para realização dos pagamentos).

⁷³ ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “Esecuzione Forzata” nel Sistema della Tutela Giurisdizionale. Milano: Giuffrè, 1983, p. 16-17.

⁷⁴ PINHEIRO, Armando Castelar. “Judiciário Brasileiro: evidência empírica para o caso brasileiro.” In: PINHEIRO, Armando Castelar (org.) *Judiciário e Economia no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Estudos Sociais, 2009, p. 115.

⁷⁵ “Existe uma fórmula que exerceu – e ainda exerce – particular fascinação sobre os juristas. Trata-se da expressão *Estado de Direito*. (...) Uma vez obtida a vigência dessa fórmula, pretendeu-se tornar o seu alcance mais preciso, afirmando que através dela o Direito seria respeitoso com as liberdades individuais tuteladas pela Administração Pública.” (VERDÚ, Pablo Lucas. *A Luta Pelo Estado de Direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1)

⁷⁶ GAIER, Reinhard. “A Execução das Decisões na Jurisdição Constitucional.” In: LEAL, Márcio Flávio Mafra (coord.). *Seminário Internacional Brasil – Alemanha : Pontes Miranda, Recife/PE, 7 a 9 de outubro de 2010*. (Trad. Márcio Flávio Mafra Leal). Brasília: Conselho da Justiça Federal – CJF / Centro de Estudos Judiciários – CEJ, 2010, p. 81 – grifos nossos.

⁷⁷ Instigante estudo econômico da EC 62 que estampa, pormenorizadamente, os números da dívida estocada por cada um dos Entes estatais, com farta menção a arrecadação e comparativo com o PIB. Cf.: BUGARIN,

2.2.1.1 Alguns números sobre precatórios

Para ilustrar este trabalho, na demonstração de que a crise dos precatórios (de recursos financeiros) não é tão aguda quanto se divulga (grave é a crise moral) e, que há sim, meios econômicos e jurídicos para quitação destas dívidas, apresenta-se neste momento alguns dados sobre os precatórios do Estado de São Paulo.

A maioria destes dados consta de relatórios produzidos pelo CNJ, e alguns deles foram apanhados em artigos específicos da área econômica, além de trabalhos acadêmicos. O sítio da internet do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o da Secretaria da Fazenda deste mesmo estado não possuem dados sobre arrecadação, dívida, investimentos e custeios.

Mas, por que o Estado de São Paulo?

Por três motivos:

Primeiro,

Porque o mesmo partido político encontra-se no poder naquele estado desde 1º de janeiro de 1995, o que imediatamente rechaça o argumento de que há má vontade com os precatórios, pois o governante em exercício não teria “responsabilidade” com as dívidas de seu antecessor (pasmem! Este argumento foi efetivamente usado na defesa do Governador do estado de São Paulo, no pedido de Intervenção Federal 2.915, perante o STF, mesmo depois de 9 anos de governo, conforme consta nas notas taquigráficas daquele julgamento.⁷⁸ A intervenção foi julgada em 2004 e o atual governador Geraldo Alckmin, assumiu, primeiramente como vice de Mário Covas, em 1º de janeiro de 1995), ou porque não há possibilidade de planejamento para prover a quitação das verbas.

Maurício Soares. MENEGUIN, Fernando Boarato. “A Emenda Constitucional dos Precatórios: Histórico, Incentivos e Leilões de Deságio.” *Estudos Econômicos* 42, passim.

⁷⁸ “O Governador afirmou não ter sido descumprida a ordem judicial. Ressaltou que, ao assumir o Governo, pendiam de pagamento precatórios que deveriam ter sido pagos pelo governo anterior e estavam as finanças públicas em situação caótica, pelo que foi necessária a reorganização do orçamento do Estado. Noticiou, ainda, a satisfação de precatórios de natureza alimentar e a previsão de liquidar os débitos, assim que aprovado, no Congresso, o projeto de lei que permite aos Estados utilizarem oitenta por cento dos depósitos judiciais para quitar precatórios de natureza alimentar. Sustentou, por fim, estar ‘lutando por todas as formas para a obtenção de novos recursos, de modo a acelerar o resgate desse passivo, ainda não realizado, em virtude da impossibilidade material e jurídica existente, porquanto não seria possível o desvio de verbas imprescindíveis ao funcionamento dos demais setores estatais.’” (voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no seguinte julgamento: STF, Pleno, m.v., AgReg em Intervenção Federal 3977, rel. p/ Ac. Min. Maurício Corrêa, julgado em 05/11/2003)

No estado de São Paulo este argumento simplesmente não tem aplicabilidade, pois não há alternância no poder, desde 1995.

Segundo,

Porque quantitativamente, é o estado que possuiu a maior dívida, embora comparativamente a dívida do estado do Espírito Santo seja maior (segundo o Min. Carlos Ayres Britto, em valores de 2011, “o Estado do Espírito Santo responde por uma dívida judicial de R\$ 9,54 bilhões, aproximadamente” – voto na ADI 4.357⁷⁹).

Terceiro,

Porque é o estado mais rico, com maior PIB e maior arrecadação, dentre todos da Federação, o que revela que a crise é, na verdade, *moral* e não *econômica*.

A tabela abaixo revela quanto foi pago por este estado, de 1998 a 2009:

Ano	Pago R\$	Orçado (R\$)	% Receita Líquida
1998	403.363.964	1.160.851.419	n/d
1999	438.264.111	1.074.726.621	n/d
2000	602.594.167	1.031.738.738	n/d
2001	910.063.334	704.464.140	2,55
2002	1.040.876.550	735.950.090	2,62
2003	825.386.422	1.050.870.248	1,89
2004	1.191.733.171	1.072.392.413	2,41
2005	2.014.928.289	1.072.392.413	3,55
2006	1.830.694.176	987.019.962	2,93
2007	1.706.475.044	1.594.456.112	2,42
2008	2.041.799.139	1.619.745.302	2,48
2009	2.528.060.227	1.771.500.000	2,92
2010	Não disponível		
2011	1.535.532.314 ⁸⁰	n/d	n/d
2012	1.725.684.986 ⁸¹	n/d	n/d
TOTAL	18.795.455.894	13.587.614.142	

(fonte: RO em MS n. 990.09.367782-2)⁸²

⁷⁹

, acesso em 15/09/2013.

⁸⁰ In: <http://www.transparencia.sp.gov.br/Liquidadas%202011.html>, acesso em 20/12/2013.

⁸¹ In: <http://www.transparencia.sp.gov.br/Liquidadas%202012.html>, acesso em 20/12/2013.

⁸² Transcrito em: ALVAREZ, Anselmo Prieto. *Os Regimes de Pagamento de Precatórios na Execução contra a Fazenda Pública e a Emenda Constitucional n. 62/2009*. São Paulo: PUC/SP / tese de doutoramento, 2009, p. 13.

Os números em destaque, no quadro, referem-se aos anos em que o Executivo Bandeirante repassou ao Tribunal de Justiça numerário inferior ao que estava efetivamente orçado. Percebe-se que durante o fim da década de 90, o Executivo repassou menos de 50% do que estava efetivamente orçado para a rubrica, o mesmo se repetindo em 2003, com menor intensidade. Caso o Executivo Bandeirante tivesse mantido o repasse no valor orçado naqueles anos, a dívida de precatórios teria se reduzido a menos da metade do seu montante global, pois em 1997 todo o estoque de precatórios montava a R\$ 5 bilhões e o valor contingenciado, no mesmo período, montou a aproximadamente R\$ 3 bilhões. Frise-se que esta época foi o auge das privatizações, sendo certo que não havia motivos de fluxo de caixa para o represamento das verbas (o contingenciamento de verbas só se admite com frustração de despesa⁸³).

Logo, ainda que o montante pago no período (1998-2012) seja expressivo (mais de R\$ 18 bilhões), o volume de repasses para quitação de precatórios ficou aquém das possibilidades do estado de São Paulo, além de revelar uma gestão financeira *temerária e irresponsável*, por três motivos:

Primeiro,

Somente em 2011, por exemplo, o estado de São Paulo pagou, por sua dívida interna com a União, R\$ 10 bilhões, sendo que R\$ 3,3 bilhões foram antecipações (amortizações).⁸⁴ Isso em apenas um ano. Porém, para os cidadãos, no mesmo ano, pouco mais de R\$ 1,5 bilhões foram alocados. Em suma, o montante que o estado de São Paulo utilizou para *pagamento antecipado de dívidas somente em 2011* é mais que o dobro do que disponibilizou para pagamento de *precatórios atrasados a mais de década*, a revelar uma esquizofrenia financeira, ou *deliberada predisposição a simplesmente não pagar este tipo de dívida*.

Segundo,

As linhas de crédito cujo pagamento foi antecipado *têm serviço flagrantemente mais barato que o custeio das dívidas judiciais decorrentes de precatórios* (12% ao ano + correção). Paralelamente a isso, as estimativas revelam que, no mesmo período, as privatizações realizadas no estado de São Paulo, ultrapassaram em arrecadação, os R\$ 79

⁸³ DALLAVERDE, Alexandra Katia. *As Relações entre os Poderes na Gestão das Finanças Públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013, p. 136.

⁸⁴ In: <http://www.transparencia.sp.gov.br/Liquidadas%202011.html>, acesso em 20/12/2013.

bilhões de reais (dados do sítio eletrônico do BNDES⁸⁵). Qual seria o motivo pelo qual o estado de São Paulo prefere rolar dívidas mais caras, se há crédito mais barato disponível no mercado? Uma boa questão a ser respondida em uma ação de improbidade administrativa.

Terceiro,

O ponto nevrálgico que indica que as finanças do estado de São Paulo são administradas de maneira absolutamente irresponsável e lesiva ao Erário: *a maior parte destes recursos são para pagamento de desapropriações*⁸⁶ - como comprova numericamente o estudo de Leonardo David Quintiliano. Segundo este autor, em 2005, 66,86% do estoque de precatórios do estado de São Paulo correspondiam à desapropriações; em 2006, 47,94% e, em 2007, 59,3%. Ou seja. *Pode-se dizer que, ao menos metade do estoque de precatórios que o estado de São Paulo deve, sequer deveria existir, se o Poder Judiciário aplicasse a Constituição Federal. A culpa não é só do Poder Executivo. Nossa sociedade é corrompida moralmente, e complacente com a corrupção, em todos os níveis.*⁸⁷

Deve-se frisar novamente. Jamais e, em hipótese alguma, poderiam entrar na conta dos precatórios, indenização de desapropriação, tendo em vista que a CF/88 exige prévia e justa indenização: ainda que (in)justa (porque o pagamento fica para as “calendas”), o pagamento por meio de precatórios jamais pode ser considerado como prévio:⁸⁸ ninguém respeita a constituição, especialmente o STF,⁸⁹ que chancelou esta nazista tirania.

É de se questionar a razão pela qual os administradores públicos optam por rolar dívidas mais caras (judiciárias = 1% ao mês mais correção), quando possuem acesso à linha de crédito com juros mais baratos (o Conselho Monetário Nacional, por exemplo, possui

⁸⁵ http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/BNDES_Transparente/Privatizacao/

⁸⁶ A culpa é do Judiciário, como verifica Araken de Assis: “O grande volume de precatórios formou-se com preço das desapropriações.” (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 1033). Caso a Constituição Federal tivesse sido obedecida, jamais os órgãos públicos desapropriariam bens sem o numerários disponível para a operação (que é pressuposto legal e constitucional de tal operação). A atuação leniente e permissiva do Judiciário, aqui personalizado no STF, levou a este estado de coisas.

⁸⁷ Cf.: QUINTILIANO, Leonardo David. “Políticas Públicas e Endividamento: como os precatórios financiam os entes federativos.” *Observatório da Jurisdição Constitucional* 2/7.

⁸⁸ “Um exemplo ilustra a crítica. Embora o art. 5º, XIV da CF/1988 contemple a desapropriação dos bens particulares ‘mediante justa e prévia indenização em dinheiro’, a jurisprudência do STF, na prática, descartando a prévia avaliação judicial para a imissão na posse (art. 15, *caput*, do Dec.-lei 3.365/1941), aniquilou a garantia.” (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 1033)

⁸⁹ “Verificada a insuficiência do depósito prévio na desapropriação por utilidade pública, a diferença do valor depositado para imissão na posse deve ser feito por meio de precatório, na forma do artigo 100 da CF/88. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF, 2ª T., v.u., AgReg em RE 598.678, rel. Min. Eros Grau, j. em 01/12/2009)

linhas de crédito para custeio de estados e municípios com taxa de 0,41% ao mês⁹⁰ - ou seja – *menos da metade do custo financeiro só de juros, sem contar a correção monetária*), para custeio e investimento, ainda mais quando possuem ativos em caixa para fazer estes pagamentos.

A única resposta plausível é estes administradores públicos trabalham com a hipótese de simplesmente não pagar estes débitos, pois não há como justificar racionalmente (economicamente) a hipótese de não quitar precatórios, enquanto o mercado dispõe de linhas de crédito mais baratas para investimento e custeio de projetos públicos (o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, tem linhas de crédito com taxas de 0,34% ao mês, com carência de 4 anos).⁹¹

Eis a tabela com alguns dos valores arrecadados no período de 1998 a 2002, que exemplificam como a arrecadação o período foi mais que suficiente para a quitação dos precatórios.

Nome da Empresa	Montante arrecadado
Elektro Eletricidade e Serviços S.A.	US\$ 1.916.860.000
CESP – Companhia Energética de SP	US\$ 1.239.000.000
Cia. Elétrica do Tietê	US\$ 1.140.000.000
Leilão dos Sistema de Distribuição de Gás	US\$ 533.800.000
Eletropaulo	US\$ 427.000.000
Sabesp	US\$ 375.000.000
CESP – Paranapanema	US\$ 1.076.000.000
COMGÁS	US\$ 1.076.000.000
Eletropaulo Capital	US\$ 3.018.000.000
CPFL	US\$ 2.833.000.000
Metrô	US\$ 262.000.000
BANESPA	US\$ 3.550.000.000
Nossa Caixa, Nosso Banco	n/d

Para se tenha uma ideia, em abril de 1997, a somatória da dívida de precatórios no estado de São Paulo era de 5,2 bilhões de reais.⁹² O produto da venda do Banespa seria suficiente para quitar todo o estoque de precatórios do estado naquele momento, com sobras.

⁹⁰ Resolução CMN nº 4.293, de 20 de dezembro de 2013, que “define a Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) para o primeiro trimestre de 2014” e, estipula, em seu art. 1º, em 5% a.a. (cinco por cento ao ano) a Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) a vigorar no período de 1º de janeiro a 31 de março de 2014, inclusive.

⁹¹ O site do Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID, divulga que a taxa de juros para empréstimos é de aproximadamente 4,14% ao ano. Fonte: <http://www.ucp.fazenda.gov.br/PNAFM/sobre-o-programa/sobre-o-programa/condicoes-do-financiamento>

⁹² SANTOS, Gilton Carneiro dos. “A Dívida dos Estados: Composição, Evolução e Concentração.” In: http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/iipremio/divida/MencaoHonrosa_III_PTN/GiltonCarneiro.PDF

Deve-se levar em consideração que a transferência destes ativos implicou também na transferência dos passivos, sendo certo que a dívida *deveria ter diminuído*, entretanto, *aumentou*.

Outro exemplo seria o de arrecadação com as praças de pedágio, que praticamente não existiam até 1992, mas na década de 1999 a 2009, segundo a Folha de São Paulo, arrecadaram mais de 27 bilhões de reais.⁹³

Ademais, o quadro acima não exclui os precatórios decorrentes de desapropriação, que não poderiam jamais entrar na mesma conta, já que não decorrem de “condenação judicial” propriamente dita, mas de investimentos do Estado, que, diga-se de passagem, deveriam ser quitados previamente, em valor justo, nos termos do inc. XXIV do art. 5º da CF/88. *Precatório decorrente de desapropriação é uma aberração* (como bem observa o TJ-GO⁹⁴), *chancelada por parte do Poder Judiciário*.⁹⁵ Se a desapropriação deve ser *precedida da justa indenização*, jamais poderia o cidadão desapropriado (confiscado?), receber sua indenização mediante precatório (*ontologicamente posterior*, indenizatório), o que só revela a falta de seriedade e compromisso de parte dos juízes e governantes com a gestão das dívidas judiciais.

Outro dado alarmante é quanto São Paulo, por exemplo, gastou em propaganda no período acima mencionado (1999/2009). Foram 2,44 bilhões de reais em propaganda na

⁹³ Dados colhidos em 25/12/2009, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2512200902.htm>

⁹⁴ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. CUMPRIMENTO DO PRECEITO JUDICIAL DETERMINANDO O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO. FORMA DE PAGAMENTO.

Nas ações de desapropriação e indenização devida ao expropriado deve *ser prévia, justa e em dinheiro*, preceito reiterado no art. 32 do Decreto-lei nº 3.365/41. Assim, *inviável conciliar a obrigação constitucional da justa e prévia indenização em dinheiro com a sujeição do desapropriado, para receber o crédito a que faz jus, à ordem dos precatórios, de difícil e sempre longínqua realização, razão pela qual mostra-se cabível o pagamento imediato e independente daquele procedimento.*”

(TJ-GO, 3ª Câmara Cível, v.u., AI 460070-77.2009.8.09.0000, rel. Des. Floriano Gomes, *DJGO* 15/07/2010, p. 186 – grifos nossos)

⁹⁵ “ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO DE BENFEITORIAS. ALEGADA OFENSA DOS ARTS. 14, 15 e 16 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 76/93 AO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

O art. 14 da Lei Complementar nº 76/93, ao dispor que o valor da indenização estabelecido por sentença em processo de desapropriação para fins de reforma agrária deverá ser depositado pelo expropriante em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais, *contraria o sistema de pagamento das condenações judiciais, pela Fazenda Pública, determinado pela Constituição Federal no art. 100 e parágrafos. (...)*”

(TJ-SC - AC: 94143 SC 2005.009414-3, Relator: Pedro Manoel Abreu, Data de Julgamento: 20/09/2005, Terceira Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Concórdia.)

década,⁹⁶ o que seria suficiente para quitar parcela expressiva de toda sua dívida, que naquele momento chegava a algo perto de R\$ 13 bilhões.⁹⁷

Por coincidência, a mesma ilação foi realizada pelo Min. Carlos Ayres Britto, na ADI 4.357, em trecho que pedimos vênua para transcrever:

“I – em 2007, o Distrito Federal despendeu R\$ 1,7 milhões em precatórios e R\$ 103,8 milhões em publicidade e propaganda (os dados sobre publicidade e propaganda foram obtidos nos Pareceres Prévios sobre as contas do Governo, disponíveis na página eletrônica oficial do Tribunal de Contas do Distrito Federal, na rede mundial de computadores). Já em 2008, essas despesas foram de R\$ 6,57 milhões em precatórios e de R\$ 152,8 milhões em publicidade e propaganda. A despesa com publicidade e propaganda registrou um aumento de 47,6% entre 2007 e 2008, já considerada a variação média pelo IPCA. Flagrante desproporção que fica ainda mais patente diante de uma dívida total de mais de R\$ 2,4 bilhões, apurada em 2009;

II – o Estado do Espírito Santo responde por uma dívida judicial de R\$ 9,54 bilhões, aproximadamente. No entanto, nada pagou em precatórios nos últimos dez anos, à exceção de uma liquidação de R\$ 2,5 milhões em 2004, mesmo assim mediante acordo levado a efeito por iniciativa judicial. Esse valor corresponde a ínfimos 0,033% da receita corrente líquida do Estado no exercício 2009. Receita corrente líquida que alcançou a cifra de R\$ 7,5 bilhões. Ajunto: mesmo que se adote a sistemática de reserva de 1,5% da RCL, prevista na emenda constitucional objeto desta ação direta, o Espírito Santo levará 85 anos para quitar seus precatórios, desconsideradas as novas obrigações que surgirem por força de sentença judicial. Situação vexatória para a qual certamente não contribuiram os credores;

III – a dívida do Rio Grande do Sul é de R\$ 1,6 bilhões, em valores aproximados. Contudo, seus gastos com precatórios em 2009 foram de R\$ 38,6 milhões, embora suas despesas com publicidade e propaganda hajam alcançado montante superior a R\$ 55 milhões (os dados de publicidade e propaganda foram extraídos do Parecer Prévio das contas do Governo gaúcho, na página oficial do Tribunal de Contas daquele Estado, na rede mundial de computadores). Tudo num contexto de absoluta inversão de prioridades, na medida em que o Município de Porto Alegre quitou precatórios, em 2008, no valor de R\$ 10,4 milhões, quase o dobro do que pagou o Estado gaúcho no mesmo exercício: R\$ 5,4 milhões;

IV – o Município de João Pessoa nada pagou em precatórios vinculados ao Tribunal de Justiça da Paraíba nos últimos dez anos, apesar de sua dívida judicial ultrapassar R\$ 24 milhões;

V – o Estado de Pernambuco nada pagou, em 2008 e 2009, de seus débitos judiciais, que já superam a casa dos R\$ 136 milhões. Grande parte da dívida se originou nesse período.”⁹⁸

⁹⁶ GALLO, Fernando. “Estatais Paulistas Respondem por Metade dos Gastos do Governo com Propaganda.” *O Estado de São Paulo* de 1º/04/2013.

⁹⁷ Cf.: BUGARIN, Maurício Soares. MENEGUIN, Fernando Boarato. “A Emenda Constitucional dos Precatórios: Histórico, Incentivos e Leilões de Deságio.” *Estudos Econômicos* 42/681.

⁹⁸ Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/

, acesso em 15/09/2013.

Curioso dado, que demonstra a falta de vontade de quitar estas dívidas, é o estado do Mato Grosso. No levantamento feito por Maurício Soares Bugarin e Fernando Boarato Meneguim, em 2009, este estado aparecia com os números mais alarmantes, quando comparada a dívida com a arrecadação, chegando os autores a dizer que “o pior caso reside no Mato Grosso, onde seriam necessários mais de 55 anos para que a dívida com precatórios judiciais fosse quitada,”⁹⁹ mantido o pagamento no regime especial, com aplicação de 1,5% da arrecadação líquida. São Paulo, por exemplo, com a mesma regra, quitaria seus precatórios em 9,5 anos.

No entanto, segundo o CNJ, o estado do Mato Grosso, em meados de 2012, *conseguiu quitar todos os seus precatórios, não possuindo mais nenhuma ordem de pagamento judicial em atraso*, salvo as ordenadas no ano corrente.¹⁰⁰ Ora! Como defender, em um cenário desses, que os precatórios são impagáveis? *Mato Grosso deu o exemplo para toda Nação*. Nesta esteira, ao apagar as luzes de 2013, o estado do Rio de Janeiro anunciou ter “zerado” toda a dívida de precatórios,¹⁰¹ mesmo anúncio que fez a prefeitura de Vitória do Espírito Santo.¹⁰² Todos estes casos demonstram que a dívida de precatórios não é e, nem nunca foi impagável.

Este caso só serve para demonstrar que não é (somente) a ausência de recursos financeiros colocam em xeque o pagamento dos precatórios. A ausência de zelo do Poder Judiciário com as ordens judiciais, a absoluta falta de articulação dos juízes em torno desta

⁹⁹ BUGARIN, Maurício Soares. MENEGUIM, Fernando Boarato. “A Emenda Constitucional dos Precatórios: Histórico, Incentivos e Leilões de Deságio.” *Estudos Econômicos* 42/681.

¹⁰⁰ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/21181-governo-de-mt-sera-o-primeiro-a-quitar-precatorios-acumulados>

¹⁰¹ “O governo do Rio de Janeiro anunciou nesta quinta-feira (26/12) a transferência de cerca de R\$ 3,4 bilhões para contas judiciais, o que levará à quitação integral de todos os precatórios que estão na fila de pagamento do Tribunal de Justiça do estado. De acordo com subprocurador-geral do Estado Sergio Eduardo dos Santos Pyrrho a medida deve beneficiar os cerca de 11 mil credores. Ao todo o Rio de Janeiro serão quitados aproximadamente 1,2 mil precatórios. Pyrrho explica que a transferência só foi possível graças a Lei Complementar 147/2013, do que autorizou a utilização de até 25% do saldo dos depósitos judiciais para o pagamento de precatórios, obrigando o estado a manter 75% do valor total dos depósitos junto ao Banco do Brasil, efetivando a sua recomposição sempre que fosse necessário. A partir de janeiro, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deve abrir contas específicas para que os credores possam sacar os valores. A emissão de mandados de pagamento será comunicada por meio do *Diário de Justiça Eletrônico*. (...)” In: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-27/rio-janeiro-anuncia-quitacao-integral-dividas-precatorios>

¹⁰² “Na última semana o município de Vitória fez o repasse de R\$ 8,8 milhões ao Tribunal de Justiça do Espírito Santo e quitou 70 precatórios, incluindo o último em regime especial instituído pela Emenda Constitucional 62. O gerenciamento pela Central de Conciliação de Precatórios (Cepres) das dívidas de Vitória começou em 2010, com 176 ações na lista unificada. A última escolha de regime de pagamento pela municipalidade, onde foi escolhida a Ordem Crescente de Valor (OCV), permitiu o avanço e contribuiu para que somente restasse um precatório a ser pago em 2014. (...) O chefe do executivo municipal ainda afirmou que a quitação demonstra uma atitude pelas decisões do tribunal e de seus credores e, prioritariamente, uma gestão justa para as pessoas que tinham que receber da Prefeitura Municipal de Vitória. (...)” In: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-23/vitoria-es-encerra-ano-restando-apenas-precatorio-2014>

agenda, a completa ausência de gestão profissional com os dados das condenações não pagas, a leniência e pusilanimidade com que os juízes têm tratado as ações de desapropriação, deferindo a imissão na posse, sem o prévio e justo pagamento da indenização, são todos fatores que somados potencializam o problema.

2.2.2 O rompimento do pacto republicano

Muitas vezes acusa-se algum membro do Poder Judiciário que toma medida mais enérgica contra a Fazenda Pública de atuar contra a independência e harmonia entre os poderes.

Entretanto pretende-se demonstrar que este argumento, *data venia*, é falacioso.

Segundo Karl-Peter Sommermann, que estudou monograficamente a execução contra a Fazenda Pública na Alemanha, a possibilidade de, esgotadas as vias ordinárias, ocorrer constrição de bens, decorre do sistema de *checks and balances* (controle recíproco dos poderes da república) proveniente da própria Constituição, observável nos países avançados, pois o direito à tutela jurisdicional não pode ser “só o direito formal e a possibilidade teórica de recorrer aos tribunais.”¹⁰³

Logo dois eixos centrais desta tese serão o *ativismo judicial* e o *sel-restraint*, questões que se colocam quando se propõem medidas que combatem abusos por parte do executivo e legislativo no trato da dívida pública de origem judicial.

Por exemplo: os bens públicos são passíveis de oneração.¹⁰⁴ A Constituição Federal prevê em seu art. 52, VIII, a possibilidade de a União, mediante aprovação do Senado, captar recursos com a “concessão de garantias”.

Será que regras como esta não abririam espaço para soluções para a inadimplência endêmica do Ente de Direito Público, como a alienação judicial de bens (hasta), desde que obedecida as regras da Lei 8.666/93 para a expropriação de bem público?

¹⁰³ SOMMERMANN, Karl-Peter. “A Execução Forçada por Quantia Certa Contra a Fazenda Pública no Direito Alemão.” Trad. Luis Greco. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 107.

¹⁰⁴ QUEVEDO, Paulo Alexandre Ney. “O Regime Especial de Execução por Quantia Certa Contra a Fazenda Pública.” *RDDP* 26/117.

Enfim, pretende-se defender neste estudo diversas maneiras de se opor a recalcitrância da Fazenda Pública em não adimplir seus precatórios – como meio de ultrapassar o que talvez hoje seja um dos maiores, senão o maior, obstáculos à efetivação de direitos no Brasil.

2.3 O Poder Judiciário e o restabelecimento do Pacto Republicano

Em 2004, os presidentes dos três poderes da União assinaram o primeiro de três “pactos republicanos” que, acima de tudo, colocavam em relevo a falta de cuidado que estes mesmos Poderes devotaram à prestação jurisdicional, revelando, em certo grau, o nível de ofensa às mínimas garantias que o cidadão faz jus em um estado democrático de direito.

É bastante reveladora a menção, no “1º Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano”, em sequência, do problema das execuções fiscais e dos precatórios. Segundo o documento, o valor a receber nas execuções fiscais é, ao menos, cinco vezes maior que o valor de precatórios inadimplidos, o que revela que a ausência de efetividade do processo de execução é, seguramente, o maior problema do nosso sistema processual, embora no Novo Código de Processo Civil aposte somente nas soluções para o processo de conhecimento.

Eis o texto:

5. Execução Fiscal

Enquanto parcela da população e a própria economia sentem os efeitos de elevada carga fiscal, mais de R\$ 400 bilhões de reais são objeto de cobrança judicial, em ações propostas pelo Erário contra sonegadores e inadimplentes. O problema é complexo e exige soluções progressivas. Contudo, sem dúvida é possível melhorar os índices de arrecadação por essa via, hoje girando em torno de dois por cento ao ano. Os signatários irão determinar aos órgãos competentes a viabilização de soluções, inclusive com a revisão, ainda em 2005, da Lei no 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), com base na proposta já formalizada pelo Conselho da Justiça Federal.

6. Precatórios

Desde 1988, buscam-se soluções para o tormentoso problema dos precatórios vencidos e não pagos, especialmente por intermédio de parcelamentos. Houve êxito parcial, mas remanesce o grave quadro de determinações judiciais que não são cumpridas há anos, descredibilizando a Justiça, desesperando vítimas do Estado e prejudicando o trabalho dos advogados. Os Governos Estaduais e Municipais vivem sob a ameaça de sanções, além de permanecerem sob o estigma de descumprirem a Constituição e as leis. Na maioria dos casos, faltam-lhes meios para quitar as suas obrigações em tempo razoável. Como consequência do presente pacto, serão realizados debates e audiências de conciliação visando à construção de

modelos institucionais e à adoção de providências que resultem na superação da anomalia enfocada.¹⁰⁵

O documento revela que a União, por meio dos seus Três Poderes, reconhece que sua inércia e leniência gerou o estado de coisas que se vive hoje. Em direito civil, diz-se daquele que tinha poderes para evitar um mal e não agiu, que tem culpa, na modalidade “negligência”, sendo obrigado a indenizar e assumir as responsabilidades financeiras do prejuízo que causou.

É o que se pretende desenvolver em tópico autônomo. A União é responsável pela situação e deve adimplir com os precatórios estaduais e municipais em aberto, pois foi a sua inoperância – nas três esferas de poder – que gerou a grave situação que hoje se vivencia.

¹⁰⁵ Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp>>, acesso em 12/11/2013.

3. REGRAS DA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

3.1 Quem é a Fazenda Pública

Antes de tudo, deve-se ter em mente quem é a Fazenda Pública, para fins de execução. Na feliz expressão de Leonardo Carneiro da Cunha, é necessário identificar “o Estado em juízo.”¹⁰⁶ Primeiro, e mais óbvio, possuem as garantias da Fazenda Pública, para fins do procedimento especial de execução, os órgãos da *administração direta e indireta* do Estado. A administração pública direta corresponde aos entes políticos do Estado (CC/02, art. 41): a União, os Estados-Membros, Territórios e os Municípios, nas três esferas de Poder (Legislativo, Judiciário e Executivo) e seus respectivos órgãos, internos e externos (Ministério Público, Tribunais de Contas, Conselho Nacional de Justiça etc.).¹⁰⁷

José Edwaldo Tavares Borba afirma que os entes que compõem a administração pública indireta, ou descentralizada, são: as autarquias, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, destacando que “as autarquias destinam-se ao exercício de funções com características de serviço público, sendo seus atos administrativos e sua personalidade jurídica de direito público.”¹⁰⁸

¹⁰⁶ “... em Direito Processual, a expressão *Fazenda Pública* contém o significado de *Estado em juízo*.” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 15)

¹⁰⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 11.

¹⁰⁸ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 493.

Percebe-se que as autarquias (assim como as fundações constituídas com patrimônio público¹⁰⁹) estão jungidas estritamente às regras e privilégios estatais, tal como se fossem a própria Fazenda Pública,¹¹⁰ havendo, pontualmente, algumas distinções.

Já em relação às outras modalidades de descentralização administrativa, em especial as sociedades de economia mista e as empresas públicas, reguladas pelo art. 173 da CF, é amplamente possível a penhora, com algumas exceções em relação àquelas que atuam na “exploração direta de atividade econômica pelo Estado aos casos em que se configurem imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo.”¹¹¹

A princípio, as sociedades de economia mista e as empresas públicas estariam vinculadas ao regime patrimonial e executivo geral e, portanto, sujeitas, em regra, ao regime da penhorabilidade. Entretanto, como se demonstrará no item 7.2, é necessário ver a matéria com temperamentos, pois, às vezes, a estrutura jurídica privada não corresponde à função pública desempenhada, sendo imperioso que o patrimônio destas pessoas jurídicas tenham resguardo idêntico aos da Fazenda Pública (execução pelo regime dos precatórios/RPV). Como atesta Araken de Assis,¹¹² o STJ tem realizado uma análise caso a caso, mas ainda prepondera a posição de que os bens das empresas públicas são, em regra, *penhoráveis*.

3.2 As execuções de fazer, não fazer e dar coisa

Desde meados dos anos 80, com inspiração na nova Constituição, a preocupação com a celeridade e efetividade tomou conta dos estudos e projetos para modificação do processo civil brasileiro.¹¹³ Diante desse quadro, nada mais natural que o processo executivo recebesse uma boa parcela dessas modificações, pois é nessa fase que a *tutela jurisdicional* aparece para modificar o mundo dos fatos e efetivamente *entregar ao vencedor o bem da vida perseguido com o ajuizamento da demanda*.

No âmbito dos processos cuja obrigação é de fazer, não fazer ou entregar coisa (certa e incerta) essas mudanças foram radicais, havendo a total eliminação do processo executivo

¹⁰⁹ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 1039.

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 58.

¹¹¹ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 494.

¹¹² ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 1040, citando os seguintes precedentes do STJ: REsp 343.618/SP e REsp 521.047/SP.

¹¹³ A busca por efetividade no processo é hoje considerada a principal tarefa a ser enfrentada pelo Estado e pelos operadores do direito; esta é a idéia central da denominada *terceira onda do processo civil*. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Brian. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 67-68.

ex intervallo quando essas prestações estejam determinadas por sentença em processo civil, desde a edição da Lei 10.444/02.

Antes da Lei 10.444/02, as ações contra a Fazenda Pública (ou contra qualquer outra pessoa física ou jurídica), onde se postulava, ao final, uma tutela específica, conviviam com duas formas distintas de “satisfação”, dependendo do tipo de processo de conhecimento ajuizado. Em alguns procedimentos, o vencedor necessitava ajuizar, após vitória no processo de conhecimento, uma nova ação executiva, na técnica da execução *ex intervallo*. Somente após o trânsito em julgado da decisão que condenava a prestação pelo Estado, o credor podia instaurar um novo processo para satisfazer sua pretensão. E ao devedor ainda era permitida a propositura de embargos do devedor (CPC, art. 741) ou mesmo de embargos de retenção por benfeitorias (CPC, art. 744), caso se tratasse de uma demanda de desapossamento.

Entretanto, já existiam ações, como a de despejo, o mandado de segurança, entre outras, cujas decisões (finais ou liminares) já dispunham de força executiva imanente – processos que foram denominados, na época, de “executivos *lato sensu*” – ações que prescindem de execução em processo autônomo para satisfação da obrigação. Nessas modalidades, a própria sentença tem força executiva, permitindo ao credor, por mandado do juízo, obter a prestação devida fruir sem “nova” petição inicial e “nova” citação e, principalmente, sem a possibilidade do devedor opor embargos.

Hoje é assente em doutrina¹¹⁴ e jurisprudência¹¹⁵ que a locução prevista no art. 730 do CPC aplica-se somente para as execuções de quantia, sendo certo que os arts. 461 e 461-A – além do apoio do art. 287, e § 1º do art. 14 – são os que regem a execução das obrigações de dar e fazer contra a Fazenda Pública.

É bem verdade que o Estado também se protege da execução das obrigações específicas, *mas em sede de medidas antecipatórias ou cautelares*. Francisco Barros Dias fez síntese memorável das medidas legislativas impeditivas das liminares contra a Administração Pública.¹¹⁶ Começando na década de 50, o Governo, com o propósito de impedir a entrada de veículos importados, que competiriam com os nacionais, editou a Lei 2.770/56, que proibia a

¹¹⁴ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução Contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 112. O autor apenas indica algumas restrições na efetivação da tutela antecipada, que abordar-se logo a diante.

¹¹⁵ “... o julgado que condena o INSS ao pagamento de novo benefício ou à revisão da renda mensal do benefício já concedido estabelece: a) uma obrigação de pagar, relativa ao pagamento das parcelas vencidas, que será objeto de execução autônoma, regulada pelo art. 730 do CPC; e b) uma obrigação de fazer, consistente na determinação de implantação do benefício ou da nova renda mensal, regulada pelo art.461 do CPC.” (STJ, 5ª T., v.u., AgRG no REsp 1.056.742/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 14.09.2010)

¹¹⁶ DIAS, Francisco Barros. “Inconstitucionalidade das Normas Impeditivas de Liminares.” *RePro* 59/125-126.

liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira. Logo após advieram duas leis que tiveram como finalidade deixar imune a uma apreciação liminar a reforma administrativa implantada com o regime de força (Leis 4.348/64¹¹⁷ e 5.021/66¹¹⁸).

Não contente com essas medidas, a MP 118/89, transformada na Lei 7.969/89, estendeu os efeitos do artigo 5º da Lei 4.348/64 às medidas cautelares.

“A Lei 7.969/89, surgiu no momento em que o Judiciário não se compadecia com o ato abusivo do Governo Federal, em deixar de pagar as URP de abril a maio daquele ano. Como havia vedação de concessão de liminares em mandados de segurança dessa natureza, estendeu-se essa proibição aos processos cautelares inominados.”¹¹⁹

A Lei 8.076/90 foi mais além no casuísmo e ultraje aos princípios do Estado democrático de direito, proibindo a concessão de liminares que versassem sobre as matérias reguladas pelas disposições das Leis 8.012/90, 8.014/90, 8.021/90, 8.023/90, 8.029/90, 8.030/90, 8.032/90, 8.033/90, 8.034/90, 8.036/90 e 8.039/90, até 15/09/1992. Desnecessária análise profunda sobre a Lei 8.076/90, pois ela “tem em vista impedir o Judiciário de apreciar, *in limine*, um plano econômico que se apresenta manifestamente inconstitucional. Agrava-se o casuísmo nessa hipótese, quando é sabido que essa proibição vem determinada no tempo.”¹²⁰

Em síntese, pode-se afirmar que tanto a Lei 8.437/92, quanto a Lei 9.494/97, dirigem-se no sentido de vedar, seja por força de ação cautelar, seja por força de tutela antecipada, respectivamente, a liberação de recursos, inclusão em folha de pagamento, reclassificação; tanto o § 4º do art. 1º da Lei 5.021/66 e o art. 4º da Medida Provisória 2.180-35/01 – que acrescenta à Lei 9.494/97 o art. 2º-B – salientam claramente que, nestes casos, somente será executada a medida após o seu trânsito em julgado. Com isso, tem-se que não caberia, em tese, nenhum tipo de provimento antecipatório contra o Poder Público.

Todas estas leis posteriormente foram chanceladas pelo STF (ADC 4).

Voltando a execução de decisão final, resta saber se o regime imposto pela Lei 10.444/02 – no qual as execuções de tutela específica serão efetivadas por expedição de ofício logo após o trânsito em julgado, permite – ou não – o manejo de embargos, que não estão expressamente previstos em sua disciplina legal.

¹¹⁷ Art. 5º. Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

¹¹⁸ Art. 1º, § 4º: Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

¹¹⁹ DIAS, Francisco Barros. “Inconstitucionalidade das Normas Impeditivas de Liminares.” *RePro* 59/126.

¹²⁰ DIAS, Francisco Barros. “Inconstitucionalidade das Normas Impeditivas de Liminares.” *RePro* 59/127.

3.2.1 Possibilidade de defesa no momento da execução das obrigações específicas

Ora! Ainda que este trabalho tenha um cunho *ideológico* “pró” credor, o fato é que há casos em que os embargos – mesmo sob a sistemática da Lei 10.444/02 – poderão ser manejados. Esta afirmação se funda na premissa de que não se pode impedir que o réu, seja ele um dos entes estatais ou não, discuta fatos supervenientes à defesa que fora apresentada no processo de cognição, pois a técnica das ações executivas *lato sensu*, que, via de regra, não admite apresentação de embargos, não pode se transformar em mecanismo de massacre dos réus.

É certo que a intenção do legislador foi abolir incidentes defensivos no momento da efetivação da tutela específica. Após a cognição exauriente, garantida no processo cognitivo – em tese –, o sucumbente recalcitrante não necessitaria de nenhum outro módulo defensivo. Precisaria, isso sim, cumprir as determinações emanadas da sentença. Mas nem sempre as coisas acontecem assim. Em posição lúcida sobre a questão, Marcelo Lima Guerra observa:

“Finalmente, cumpre analisar aquela que se evidencia como a principal ‘vantagem’ da propugnada, e parcialmente acolhida pela Lei 10.444/2002, adoção generalizada, para a tutela executiva de direitos reconhecidos em sentenças condenatórias, do chamado ‘processo sincrético’, a saber, a eliminação da possibilidade do devedor opor embargos. (...) Há de se reconhecer, em primeiro lugar, que não pode ser eliminada do ordenamento jurídico a possibilidade do devedor levar ao conhecimento do juiz, por qualquer via que seja, as matérias que a lei autoriza serem alegadas em embargos contra a execução fundada em sentença ... isto é, aquelas elencadas no art. 741 ou com elas compatíveis. De outra parte, como se vai demonstrar, também não pode ser eliminada do ordenamento jurídico e a possibilidade do devedor obter, pelo menos em alguns casos de comprovado *periculum in mora*, e enquanto não há manifestação do juiz aquelas matérias, a suspensão do processo executivo.”¹²¹

Sem menosprezar a intenção do legislador, que visa combater o problema do lento cumprimento das decisões,¹²² e sem cair no erro de expor interpretações retrospectivas,¹²³ que

¹²¹ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 77-78.

¹²² A simplificação do processo é meio de acelerar a entrega da tutela jurisdicional. Porém, não se pode fazê-lo às custas das garantias constitucionais. O problema da lentidão do processo está igualmente ligado à falta de condições materiais ao aparato judicial. Por isso são lúcidas as lições do Prof. Leonardo Greco, para o qual “o que me parece certo é que o Brasil pode estar dando um passo atrás no aprimoramento do seu sistema processual e na efetividade das garantias de um processo justo, com a dispensa da instauração de um verdadeiro processo de execução autônomo para o cumprimento das obrigações de dar, fazer e não fazer impostas por decisões judiciais, deixando de assegurar ao devedor qualquer oportunidade de defesa eficaz dos interesses legítimos que pudesse opor-lhes.” (“Tutela Específica após a lei 10.444/2002”, <<http://www.mundojuridico.adv.br>>, acesso em 07 de julho de 2004)

se apegam ao passado para que os institutos jurídicos sejam vistos como antes, para que não evoluam, pretendemos demonstrar que devem ser acolhidos os embargos à execução em fase de execução judicial cuja obrigação exequenda seja de fazer, não fazer ou dar coisa, mesmo após a entrada em vigor da Lei 10.444/02, desde que se atenha a matérias supervenientes à sentença – ou discuta-se a própria nulidade do processo que originou a condenação, nos exatos limites do art. 475-L do CPC.

Disso tudo, retira-se que a Administração Pública é obrigada a cumprir o estabelecido na sentença, quando o conteúdo da condenação for uma tutela específica, *sem a necessidade de citação o réu para opor embargos*, permitida também amplamente a execução provisória das condenações de dar coisa, fazer e não fazer – na medida que estes tipos de tutelas jurisdicionais não se vinculam ao art. 100 da CF/88.

3.3 A execução de quantia certa

3.3.1 O título executivo e a execução contra a Fazenda Pública

Como sói ocorrer com os entes particulares, a Fazenda Pública pode vir a sofrer diversas modalidades de execução por quantia certa, cujos procedimentos também serão diversos.

Destacam-se, ao menos, a execução fundada em título extrajudicial, cujo escólio do Min. Carlos Mario Velloso, tanto quando atuava no Tribunal Federal de Recursos, quanto no STF,¹²⁴ são sempre lembrados. Os Ministros do STJ seguem a mesma trilha,¹²⁵ tanto que aquela corte editou enunciado da Súmula de sua jurisprudência dominante, com o seguinte texto: “É cabível execução de título extrajudicial contra a Fazenda Pública” (Súmula 279).

Entretanto é incoerente defender o manejo da execução de título extrajudicial contra a Fazenda. O ajuizamento de execução fundada em título extrajudicial e/ou ação monitória, contra a Fazenda Pública, é uma *ilusão*, pois o juiz *não está autorizado a expedir mandado*

¹²³ Interpretação retrospectiva é aquela pela qual “põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daqueles, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O Poder Judiciário e a Efetividade da Nova Constituição”, *Revista Forense* 304/152).

¹²⁴ *Apud* TALAMINI, Eduardo. “A (In)disponibilidade do Interesse Público: Consequências Processuais” *RePro* 128/75.

¹²⁵ REsp 281.483 e REsp 631.773.

com ordem de pagamento em três dias, sob pena de penhora¹²⁶ e, muito menos, expedir a solicitação de precatório, tendo em vista a ausência de trânsito em julgado dos embargos do executado.¹²⁷ *Mutatis mutandis*, o que se defende aqui também vale para a ação monitória,¹²⁸ posto que trata-se de procedimento incompatível com as prerrogativas processuais da Fazenda Pública.

Parece, então, que a posição dos que defendem o cabimento de execução de título extrajudicial em face da Fazenda Pública, ofende o mais comezinho princípio da lógica clássica: *o princípio da identidade*. Isto porque, para os sectários desta corrente, o procedimento da execução de título extrajudicial (e, também, da ação monitória), só é cabível, *se despido dos elementos essenciais que o identificam* (penhora em caso de não pagamento / possibilidade de conversão do documento em título executivo, no caso de ausência de resposta), o que, ao nosso ver, é o mesmo que dizer que *o procedimento só se aplica se não for “ele”*. Enfim, estamos diante de um paradoxo, observado também por Antonio Carlos Marcato.¹²⁹

Somente os títulos executivos judiciais inaugurarão execução contra a Fazenda Pública. Ao menos, a verdadeira execução. Especialmente porque, após a EC 30/2000, não poderá o Presidente do Tribunal expedir precatório, enquanto não houver trânsito em julgado da “sentença judicial”. E mais, com *reexame necessário*! Não se consegue vislumbrar como estes dois institutos podem se amoldar ao procedimento da execução por quantia certa fundada em título extrajudicial sem violar o princípio lógico da *identidade*. Enfim, não há como sustentar que o juiz obedecerá as regras do art. 730 do CPC, quanto aos títulos extrajudiciais que veiculem a obrigação de pagar quantia.

Fixado, a nosso ver, qual o tipo de título executivo fundamentará o procedimento executivo (fundado *exclusivamente* em título judicial), basicamente são três os procedimentos: (i) o do precatório-requisitório, subdividido em aqueles de natureza alimentar e os ordinário, (ii) o da requisição de pequeno valor, que também admitiriam a divisão em alimentares e não alimentares e, finalmente, (iii) a execução previdenciária.

¹²⁶ Neste sentido, veja-se julgamento noticiado na seguinte obra: NERY Jr., Nelson. NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1065. A posição dos autores, no entanto, é diversa, conforme explicitam na página 1063 da mesma obra.

¹²⁷ No sentido de que, admitida a execução de título extrajudicial, o trânsito em julgado dos embargos se impõe: ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 1044.

¹²⁸ No mesmo sentido, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 352-353.

¹²⁹ MARCATO, Antonio Carlos. *O Processo Monitório Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 68-69.

3.3.1 Precatório e seu procedimento

O precatório é um instituto jurídico genuinamente brasileiro, não havendo modelo semelhante de execução contra a Fazenda Pública em outros países, como ensinam Francisco Wildo Lacerda Dantas¹³⁰ e Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva.¹³¹

O procedimento para execução dos julgamentos em que a Fazenda Pública foi condenada ao pagamento de quantia acima de 60 salários mínimos (para União e suas autarquias) está delineado no art. 100 da CF/88, com a redação que lhe deram as Emendas Constitucionais 30 e 62 e que restou sobremaneira alterada pelo STF no julgamento das ADIn's 4357 e 4425. Mas também alguns artigos da ADCT regulam a matéria, assim como os arts. 730 e 731 do CPC e a própria Lei das Finanças Públicas (Lei 4.320/64), entre outros.

Isto quer dizer, como nos lembra Leonardo José Carneiro da Cunha,¹³² que a execução por quantia certa contra a Fazenda pública, ao menos nos procedimentos em que se exija a expedição de precatório-requisitório, ainda obedece ao vetusto modelo da execução *ex intervallo*, sendo necessário que o credor dê início a um novo processo, com a citação do Ente Público para, querendo, embargar a execução. Novamente, o legislador que enrijeceu as regras na execução contra o *particular*, não teve a mesma “ousadia” contra a *Fazenda*

¹³⁰ DANTAS, Francisco Wildo. *Execução Contra a Fazenda Pública: regime de precatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 84.

¹³¹ “O precatório, instituto tipicamente brasileiro, encontrou amparo constitucional, pela primeira vez, no art. 182 da Carta Magna de 1934, repetindo a presença nas Constituições seguintes: 1937 (art. 95), 1946 (art. 204), 1967 (art. 112), Emenda Constitucional de 1969 (art. 117) e na atual Carta Política (1988), em seu art. 100, inclusive com a redação da Emenda Constitucional n. 30, de setembro de 2000. A sua criação, à época, justificava-se em virtude de sua finalidade principal, qual seja a de evitar a advocacia administrativa, efetivando uma ordem de preferência para o pagamento dos créditos devidos pela Fazenda Pública, decorrentes de decisão judicial, em detrimento da possibilidade desses pagamentos se efetivarem à discricionariedade do administrador público, ao arrepio de qualquer critério justo.” (SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. “Introdução.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (coord.). *Execução Contra a Fazenda Pública – Razões Políticas do Descumprimento às Ordens Judiciais*. Brasília: Série Pesquisas do Centro de Estudos Judiciários (CEJ) / Conselho da Justiça Federal (CJF), 2002, vol. 8, p. 8)

¹³² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5ª Ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 234. No mesmo sentido: “... ainda subsiste a independência entre o Processo de Execução e o Processo de Conhecimento nas ações contra a Fazenda Pública, havendo a necessidade de proceder com uma nova citação, a partir de quando se inicia o prazo de dez dias para a autoridade competente embargar a execução.” (GONCALVES, Gláucio Ferreira Maciel. FONSECA, Ângelo Emílio de Carvalho. “Do Cumprimento das Sentenças Judiciais Contra a Fazenda Pública no Brasil: o instituto dos precatórios.” *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 5/2677)

Pública,¹³³ mantendo a inexplicável exigência de citação para início da fase de expedição do precatório incólume nas reformas de 2005/2006.

O substitutivo do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil aprovado em julho de 2013 na Câmara dos Deputados, prevê que a fase de expedição de precatório será precedida de mera intimação do representante judicial da Fazenda Pública, o que se afigura um avanço procedimental louvável (art. 549). A Fazenda Pública apresentará *impugnação*, não mais *embargos*, e caso alegue excesso de execução, deverá apresentar o *quantum debeat* que entende correto.

Voltando ao direito vigente, regula o CPC o tema, nestes termos:

CPC, art. 730. “Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias. (...)”

Transitada em julgado a sentença condenatória, incumbe ao exequente ajuizar nova ação de execução, aparelhando-a com planilha atualizada do débito, que será o valor da causa, pagar custas, requerer citação da Fazenda Pública para, querendo, opor embargos.

Rejeitados os embargos ou sendo eles não opostos, está autorizado o juiz a remeter ao presidente do tribunal competente, para a gestão dos precatórios,¹³⁴ o ofício para que este realize a expedição da ordem de pagamento,¹³⁵ ainda que penda recurso de apelação e, depois dele, recurso especial ou extraordinário (no bojo dos embargos à execução). Prevaleceu no STJ que basta o trânsito em julgado da sentença prolatada no processo de conhecimento (e a citação do Ente devedor, aguardando-se o prazo para embargos; se opostos, deve-se aguardar

¹³³ “Se houve grande evolução nas normas de organização do Poder Judiciário Brasileiro e de direito processual a fim de conferir maior agilidade ao curso das ações judiciais no país, o mesmo não se pode dizer das ações em que figura em um dos polos a Fazenda Pública, principalmente no que tange à satisfação do direito do credor, reconhecido em sentença condenatória por quantia certa.” (GONCALVES, Gláucio Ferreira Maciel. FONSECA, Ângelo Emílio de Carvalho. “Do Cumprimento das Sentenças Judiciais Contra a Fazenda Pública no Brasil: o instituto dos precatórios.” *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 5/2677)

¹³⁴ De acordo com a EC 62/09, que deu nova redação ao art. 98, § 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, “as contas especiais de que tratam os §§ 1º e 2º serão administradas pelo Tribunal de Justiça local, para pagamento de precatórios expedidos pelos tribunais.” Assim, a gestão dos precatórios lançados contra um determinado estado-membro ou município ficará centralizada na pessoa do presidente do tribunal estadual, mesmo em relação a precatórios oriundos da Justiça Federal (comum e/ou do trabalho). Os precatórios da Justiça especializada, emitidos contra a União continuarão ser administrados pelos respectivos presidentes destas Cortes.

¹³⁵ “Retomando os citados arts. 730 e 731, tem-se que o disposto no inciso I do art. 730 indica a quem se dirige a requisição de pagamento dos créditos decorrentes da condenação: ao Presidente do Tribunal competente. Em verdade, para THEODORO JÚNIOR (2009-b), não é o juiz que requisita o pagamento, mas o Presidente do Tribunal que faz tal requisição à autoridade pública competente. O juiz apenas comunica o Presidente que deve ser realizada a requisição de pagamento, nomeada de precatório.” (GONCALVES, Gláucio Ferreira Maciel. FONSECA, Ângelo Emílio de Carvalho. “Do Cumprimento das Sentenças Judiciais Contra a Fazenda Pública no Brasil: o instituto dos precatórios.” *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 5/2681)

seu julgamento em primeira instância), para expedição do precatório, não sendo necessário o trânsito em julgado da sentença dos embargos à execução,¹³⁶ salvo se concedido efeito suspensivo a algum recurso (lembrando que, neste caso, a regra é a ausência de efeito suspensivo tanto da apelação – CPC, art. 520, V – quanto do RE/REsp – CPC, art. 497).

Neste sentido, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery doutrinam:

“Na execução contra a Fazenda Pública fundada em título judicial, opostos embargos e julgados improcedentes, não há remessa necessária do CPC 475, pois não houve decisão ‘contra’ a Fazenda Pública, mas simplesmente confirmou-se a presunção de liquidez, certeza e exigibilidade, que já pesava sobre o título executivo judicial. A decisão ‘contra’ a Fazenda Pública já foi proferida no anterior processo de conhecimento, esta sim submetida do duplo grau necessário.”¹³⁷

O precatório será remetido à presidência, como que carta de sentença (CPC, arts. 484 e 521), municiada de documentos essenciais e procuração do advogado do exequente. Perante a presidência do tribunal inicia-se um procedimento¹³⁸ de expedição do ofício requisitório, com a especial informação sobre a natureza do crédito, se alimentar ou não, o que é de curial importância para a futura ordem de pagamento. Frise-se que, embora respeitável a tese de que não haveria espaço para expedição de precatório em ações de natureza alimentar, prevaleceu o entendimento, no STF¹³⁹ e no STJ,¹⁴⁰ de que se expedirão sim os precatórios, que obedecerão duas filas distintas, com preferência àqueles.

Caso exista atraso ou algum problema imputável à presidência da Corte que inviabilize o pagamento do precatório, configurada está a prática do crime de responsabilidade previsto no § 6º do artigo 100, incluído pela Emenda Constitucional nº 30/2000, *verbis*:

¹³⁶ “Processual Civil. Embargos à Execução. Reexame Necessário. Autarquia Previdenciária. Art. 475, II, CPC. Descabimento. Efeito Devolutivo. Art. 520, V, CPC. Súmula 168/STJ. Encontra-se assente o entendimento de que a sentença que julga os embargos à execução de título judicial opostos por autarquias e fundações não está sujeita ao reexame necessário (art. 475, II, do CPC), tendo em vista que a remessa *ex officio, in casu*, é devida apenas em processo cognitivo, não sendo aplicável em sede de execução de sentença, por prevalecer a disposição contida no art. 520, V, do CPC. Incidência da Súmula nº 168/STJ. Embargos de divergência não conhecidos.” (STJ, CE, v.u., Emb Div em REsp 233.630/RS, rel. Min. Felix Fischer, j. em 20/06/2001)

¹³⁷ NERY Jr., Nelson. NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1063.

¹³⁸ Supremo Tribunal Federal (1ª T., v.u., RE 229.602-2/SP, rel. Min. Moreira Alves, j. em 22/09/98, citando diversos precedentes) e Superior Tribunal de Justiça possuem entendimento de tratar-se de procedimento administrativo.

¹³⁹ STF, Súmula 655: “A exceção prevista no art. 100, caput, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza.”

¹⁴⁰ STJ, Súmula 144: “Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa.”

“§ 6º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade.”

A Fazenda Pública correspondente à condenação (ou também a administração pública indireta jungida às regras do precatório) incluirá em seu orçamento estas solicitações de pagamento em estrita ordem cronológica, observando a lista de alimentares (preferenciais) e não alimentares.

Com a nova regulamentação dos precatórios, fica restrita a hipótese de acontecer o pagamento fora da ordem cronológica, *por fato da administração pública*, pois o ato de pagamento agora, também, *compete ao presidente do tribunal que expediu o precatório* (§ 6º do art. 100 da CF/88, com a redação que lhe deu a EC 62/09, cuja constitucionalidade foi confirmada pelo STF).

Porém, caso o próprio presidente quebre a ordem de pagamento, ainda permanesse íntegro o direito ao sequestro em favor do credor preterido, conforme doutrina de Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves e Ângelo Emílio de Carvalho Fonseca:

“Caso esta ordem de apresentação seja frustrada, nos termos do art. 731, está o juiz autorizado a promover sequestro de bens suficientes a satisfazer o direito do credor preterido. Para THEODORO JÚNIOR (2009-b), partindo do pressuposto da impenhorabilidade dos bens públicos, aduz-se também sua insequestrabilidade. Razão pela qual, defende o autor, deva recair o sequestro sobre a importância indevidamente recebida pelo credor que frustrou a ordem de apresentação e pagamento dos precatórios. Porém, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 82.456-RJ, em 07 de junho de 1979, por decisão do pleno, entendeu pela possibilidade de sequestro dos bens da própria Administração Pública a fim de satisfazer o credor preterido.”¹⁴¹

Tendo em vista que a partir de 2009 não é mais o Ente Público que realiza o pagamento, mas o presidente do tribunal, pode ser que o tema seja revisitado; porém, entende-se que, *data maxima venia*, não pode o credor de boa-fé ser “punido” pela incúria do presidente do tribunal, sendo que o sequestro de verbas públicas parece ser a saída menos traumática para esta hipótese.

¹⁴¹ GONCALVES, Gláucio Ferreira Maciel. FONSECA, Ângelo Emílio de Carvalho. “Do Cumprimento das Sentenças Judiciais Contra a Fazenda Pública no Brasil: o instituto dos precatórios.” *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 5/2681-2682.

3.3.1.1 Breve esboço histórico dos precatórios-requisitórios no ordenamento jurídico brasileiro

3.3.1.1.1 Direito Luso-Brasileiro

Segundo escólio de Américo Luís Martins da Silva, em estudo sobre precatórios que possui um primoroso esboço histórico sobre o tema, enquanto o Brasil era colônia portuguesa, até mesmo pouco depois da independência, a legislação de Portugal vigia entre nós e, com relação à execução contra a Fazenda Pública, as Ordenações Manuelinas e Filipinas não faziam distinção ao *modus operandi* desta modalidade executiva com o que incidia em face dos particulares.¹⁴²

Mesmo declarada a independência, aplicava-se aqui a regulamentação da metrópole e estas Ordenações tiveram vigência, seguramente, até o ano de 1824, no tocante a execução contra a Fazenda Pública. Neste momento, o Império brasileiro se organiza por meio da Constituição de 1824, que dispõe sobre a exclusividade da Assembleia Geral deliberar sobre alienação de bens públicos. Entendeu-se que tal dispositivo na Constituição implicava na impenhorabilidade dos bens públicos.¹⁴³ Este entendimento, mais tarde, ficou evidenciado no art. 14 da Instrução de 10.04.1851, editada pelo Diretório do Juízo Fiscal e Contencioso dos Feitos da Fazenda, que estabeleceu que, “em bens da Fazenda Nacional não se faz penhora”, como ensina Ricardo Perlingeiro Mendes.¹⁴⁴

A doutrina narra em uníssono que diversos problemas afligiam os credores, dando, inclusive azo ao nascimento de uma verdadeira “advocacia administrativa”,¹⁴⁵ pois a ordem de pagamento não era respeitada, créditos não eram inclusos no orçamento, incluía-se no

¹⁴² SILVA, Américo Luís Martins da. *Precatório-Requisitório e Requisição de Pequeno Valor (RPV)*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 59. No mesmo sentido: DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução Contra a Fazenda Pública: regime de precatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 79.

¹⁴³ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução Contra a Fazenda Pública: regime de precatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 65.

¹⁴⁴ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução Contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 29-30.

¹⁴⁵ SILVA, Américo Luís Martins da. *Precatório-Requisitório e Requisição de Pequeno Valor (RPV)*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 67, com fartas referências. No mesmo sentido: CASTRO NUNES. *Da Fazenda Pública em Juízo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950, p. 228.

orçamento créditos superiores ao determinado na sentença, enfim, não havia uma gestão satisfatória da dívida pública.¹⁴⁶

3.3.1.1.2 Nas primeiras constituições republicanas e no CPC de 1939

Após a proclamação da República, a Constituição de 1891 não trouxe nenhuma inovação digna de crédito.¹⁴⁷ Ironicamente, a norma mais destacada, com influência no regime da execução contra a Fazenda Pública, é o Código Civil, que evidenciou de uma vez por todas a inalienabilidade e, conseqüente, impenhorabilidade dos bens públicos.¹⁴⁸

É na Constituição de 1934 que os contornos modernos da execução contra a Fazenda ganham corpo, que em seu art.182, dispunha:

“Art. 182. Os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo vedada a designação de caso ou pessoas nas verbas legais.

Parágrafo único. Esses créditos serão consignados pelo Poder Executivo ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias ao cofre dos depósitos públicos. Cabe ao Presidente da Corte Suprema expedir as ordens de pagamento, dentro das forças do depósito, e, a requerimento do credor que alegar preterição da sua precedência, autorizar o sequestro da quantia necessária para satisfazê-lo, depois de ouvido o Procurador-Geral da República.”

A Constituição de 1937 (art. 95) fez pequenos ajustes redacionais comparativamente ao texto da Constituição de 1934.

Neste ínterim, surge a primeira codificação processual de cunha nacional, o CPC de 1939, que praticamente repete, em seu art. 918 o que dispunha o art. 95 da CF/37. Sucede-lhe a Constituição de 1946 cuja mais significativa alteração foi ampliar o regime dos precatórios à administração pública indireta.

¹⁴⁶ BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução às Finanças Públicas*. 15ª ed. Atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 65.

¹⁴⁷ Neste sentido: DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução Contra a Fazenda Pública: regime de precatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 84.

¹⁴⁸ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução Contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 29-30.

3.3.1.1.3 O Direito Pós Ditadura de 1964

A Constituição de 1967, também pouco alterou na disciplina da matéria,¹⁴⁹ prevendo apenas como novidade a obrigatoriedade de inclusão dos precatórios no orçamento público, *refletindo regra já prevista na Lei de Orçamentos Públicos, de 1964* (Lei 4.320/64). A Emenda Constitucional de 1969 nada acrescentou de significativo na matéria, e o CPC de 1973 apenas regulamentou a fase inicial do procedimento de execução contra a Fazenda Pública, em seus arts. 730 e ss., que ainda hoje vige.

3.3.1.1.4 A Constituição de 1988

Marco definitivo da redemocratização, a Constituição de 1988, pouco ou nada avançou no tema. Na verdade, embora cheia de promessas de moralidade e desejos de bom trato da *res publica*, a CF/88 demarca um período de involução. Assiste-se ao início do período mais catastrófico no que tange à execução contra a Fazenda, pois a profunda crise econômica decorrentes da desastrada política econômica perpetrada na década de 70 e 80 e amplificada pelas tentativas milagrosas de acabar, “por decreto”, com a inflação (governos Sarney e Collor), acabou por gerar o uso indiscriminado da chamada *inconstitucionalidade útil*,¹⁵⁰ para perpetrar todos os tipos de ofensas aos mais mezinhos direitos do cidadão, como confisco, bloqueios de recursos em contas bancárias, empréstimos compulsórios, expurgos inflacionários. Enfim, embora tenha se prometido democracia e respeito aos direitos, nunca se viram tantos atentados ao Estado democrático de direito quanto nas décadas de 80 e 90 do século passado – quase sempre, por meio de medidas provisórias e Emendas Constitucionais.

Quanto aos precatórios, prescrevia a Constituição de 1988, em sua redação original:

“Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária,

¹⁴⁹ SILVA, Américo Luís Martins da. *Precatório-Requisitório e Requisição de Pequeno Valor (RPV)*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 88.

¹⁵⁰ “Em qualquer dessas três hipóteses – postergação injustificada do ressarcimento do indébito, inconstitucionalidade útil ou inconstitucionalidade útil por inércia – o Estado utiliza a lentidão inerente ao um de seus próprios Poderes – o Judiciário –, se aproveita da boa-fé do contribuinte que pagou sem discutir o tributo indevido, abusa da sua posição privilegiada em relação às pessoas de direito privado, tudo para, seja arrecadando o que não deve, seja não devolvendo o que deve, incrementar os recursos fazendários, o que, longe de constituir uma finalidade em si do Estado – que não é uma empresa com fins lucrativos, mas uma pessoa de direito público que deve se ater ao interesse público –, é meramente um meio para que possa atingir seus verdadeiros fins, entre os quais se inclui, indiscutivelmente, o zelo pela legalidade e pelo direito de propriedade dos cidadãos.” (TROIANELLI, Gabriel Lacerda. “Fundamentos Constitucionais do Direito ao Ressarcimento do Indébito Tributário.” *RDDT* 27/27)

far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito.”

Destaca-se na nova regulamentação a nobre iniciativa de impor *preferência* aos *créditos alimentares* (que, na prática, é malograda até hoje). E também é louvável (embora inócua) a previsão de *termo* para o pagamento do precatório: *o final do exercício do orçamento seguinte à sua apresentação*.

Porém, a *imoralidade grassou* no texto do ADCT no que tange aos precatórios, no art. 33, que determinava o pagamento de precatórios vencidos na data da promulgação em parcelas, excluídos os juros, que em um cenário de inflação *delirante*, levou ao fenômeno dos *precatórios intermináveis*, pois na data da liquidação o valor depositado era apenas uma sombra simbólica da prestação anual devida – demonstrando o absoluto desprezo dos três poderes da República às garantias fundamentais proclamadas no texto constitucional.

3.3.1.1.5 As Emendas à Constituição de 1988

A primeira Emenda Constitucional ao texto da CF/88 que tratou dos precatórios foi a n. 30, que trouxe o segundo parcelamento de precatórios doze anos depois da CF/88, tendo em vista que o parcelamento do próprio ADCT originário não bastou para que os Entes públicos liquidassem suas dívidas. Além do parcelamento dos precatórios pendentes na data da sua publicação em 10 anos, excluídos os alimentícios e os de pequeno valor, instituiu também o parcelamento em 2 anos dos precatórios de desapropriação (uma aberração, já que a indenização, neste caso, teria que ser justa e prévia).

A EC 33 também criou a figura do crime de responsabilidade por ato do Presidente do Tribunal que retarde ou frustre o pagamento de precatório, mas nada falou sobre o ato do administrador público que incida na mesma conduta. Por fim, definiu os créditos de natureza alimentar, autorizando a expedição de títulos da dívida pública para custeio dos precatórios.

Cinicamente, em maio de 2011 – momento no qual os parcelamentos autorizados pela EC 30/2000 já deveriam ter sido cumpridos, o STF declarou a inconstitucionalidade da norma (ADI 2.56 e 2.362), em um bizarro espetáculo de “faz de conta”, uma vez que exaurido já o prazo de funcionamento prático da regra extraída do ordenamento jurídico.

Renovando a carga, em 2002 a EC 37 que acrescentou ao art. 100 da CF a proibição de fracionamento de precatórios. Explica-se: alguns credores, no afã de receber mais rapidamente, requeriam o fracionamento do precatório, em especial em ações coletivas ou em litisconsórcio, para valerem-se das regras da RPV. O dispositivo inserido pela EC 37/2002 veio para proibir esta prática, determinando a incindibilidade do precatório.

E, por fim, em 2009, a EC 62 trouxe diversas alterações à disciplina do precatório, recebendo, ainda quando em tramitação no Congresso, o nome de “Emenda do Calote” (que, na verdade, deveria ter sido chamada de “Emenda do Calote II”, pois a EC 30/00 também recera este “nome”) que, malgrado a intenção, foi devidamente aprovada naquela casa parlamentar.

Desta vez, de modo mais célere, (em apenas quatro anos e não em onze, como nas ADIs que impugnavam a EC 30/2000), o STF declarou parcialmente inconstitucional o texto da Emenda Constitucional 62 (ADIs 4357 e 4425), em acórdão ainda não publicado. Mas, basicamente, o veto judicial ao texto da Emenda, do que pôde se apurar na imprensa especializada, foi no sentido de vedar (i) o terceiro parcelamento, desta feita em 15 anos, mas que não se circunscrevia somente aos precatórios já vencidos – podendo aplicar-se indefinidamente no tempo, até a revogação do dispositivo; (ii) a utilização dos índices da Caderneta de Poupança para atualização dos precatórios, *em detrimento dos índices previstos nas sentenças já transitadas em julgado*, (iii) a compensação do precatório com a dívida ativa que eventualmente o ente pagador tenha para com o credor; (iv) o regime de leilões de precatório. Tal *decisum* será objeto de capítulo apartado (capítulo 6)

Perceba-se que, ao frigar dos ovos, a tônica de todas as regulamentações da execução contra a Fazenda Pública é a mesma: *privilégios fazendários extremos e nenhuma contrapartida de efetividade ao credor*, o que permite dizer que o Estado brasileiro é um “Estado de rapina”, que se apodera de recursos dos particulares em seu favor, travestindo seu confisco em legalidade posto que conta com o beneplácito da comunidade jurídica, que, ao menos no que diz respeito à Cúpula do Poder Judiciário, pactua com este estado tirânico de

coisas há dois séculos. Como bem observa Araken de Assis, para que o regime de execução contra a Fazenda Pública funcione é, necessário, antes, *convencer o STF*.¹⁵¹

3.3.2 Requisição de Pequeno Valor

A EC 30/2000 fez, pela primeira vez, menção à requisição de “pequeno valor,” cuja regulamentação foi complementada, dois anos depois, pela EC 37/2002. Explica-se. Com a edição da Lei 10.259/2001 (Juizados Especiais Federais), que estabeleceu o valor de 60 salários mínimos para fins de definição de RPV para União (§ 10 do art. 17 c/c art. 3º), imaginou-se que este valor poderia também servir de base para os outros Entes da Federação; por isso, prontamente, a EC 32 adicionou ao ADCT, o art. 87, que estabeleceu os limites do débito de pequeno valor, nos seguintes parâmetros: quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal e trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios.

Entretanto, a EC 32 permitia que os Entes federados legislassem estipulando valores inferiores àqueles, posto que os previstos no art. 87, ADCT seriam apenas teto, garantindo a cada município ou estado estabelecer seus próprios limites para fins de RPV. Assim, os entes federados (Estados e municípios) começaram a editar leis que estipulavam valores ínfimos.

Neste quesito, a EC 62/2009 trouxe significativo avanço: estipulou um piso mínimo, cujo valor deve ser coincidente com o maior benefício pago pela Previdência Social (art. 100, § 4º).

O procedimento, para expedição do RPV, é menos burocrático do que o do precatório. Cuidando-se de dívida estadual ou municipal, o Juízo da execução expedirá a requisição, e permanecerá com os autos, não havendo nenhuma informação ou participação à presidência do Tribunal; o débito deverá ser liquidado em 60 (sessenta) dias.¹⁵² O prazo é contado da ciência da requisição, sendo cabível o sequestro da verba direto das contas públicas, em caso de inadimplemento.

O procedimento é ligeiramente diverso quando o devedor é a União ou algum membro da administração pública indireta Federal; Neste caso, o RPV será expedido pelo

¹⁵¹ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 1033 - grifamos.

¹⁵² Art. 17 da Lei 10.259/2001 – Lei dos Juizados Especiais Federais e art. 13, I, da Lei 12.153/2009 – Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, para estados e municípios.

presidente do Tribunal Regional Federal ou Tribunal Regional do Trabalho para o próprio serviço financeiro do Tribunal, que providenciará o pagamento, no prazo estipulado.

3.3.3 A execução contra o INSS

O INSS possui algumas peculiaridades na execução das sentenças que reconhecem o dever de concessão dos diversos benefícios que refletem no modo pelo qual o julgado será cumprido pela autarquia.

Primeiramente, é curiosa a construção jurisprudencial (embora útil e eficaz) que equipara o pagamento das parcelas futuras do benefício à obrigação de fazer, *como se os recursos previdenciários fossem ilimitados*. Pois bem, as parcelas futuras devidas ao vencedor da demanda, seja em sede de tutela antecipada, seja em sede de decisão final não são exequíveis pelo modelo da quantia certa. Basta que a o INSS seja intimado e institua o benefício ou o reajuste no benefício já existente.

A questão da execução por quantia só se coloca quando há reconhecimento de parcelas e/ou diferenças vencidas. Assim, duas são as hipóteses: expede-se RPV para débitos inferiores a sessenta salários mínimos ou, ao revés, caso o montante devido supere este montante, expedir-se-á precatório, nos moldes já conhecidos.

A efetiva diferença legislativa, então, quanto aos débitos do INSS fica restrita às parcelas vincendas, haja vista a decisão do STF que julgou inconstitucional¹⁵³ o regime especial de execução previsto pelo art. 128 da Lei Geral dos Benefícios – Lei 8.213/91, que assim previa:

¹⁵³ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DÉBITO JUDICIAL – DISPENSA DE PRECATÓRIO TENDO EM CONSIDERAÇÃO O VALOR DA CONDENAÇÃO – ART. 128 DA LEI Nº 8.213/91 – INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA NORMA REFERENTE AO DISPOSTO NO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – RESOLUÇÃO Nº 5 DO CONSELHO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – ART. 5º – NÃO-CONHECIMENTO. 1. O preceito ínsito no art. 100 da Constituição Federal proíbe a designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais, tendo em vista a observação de preferência. Por isso, a dispensa de precatório, considerando-se o valor do débito, distancia-se do tratamento uniforme que a Constituição objetivou conferir à satisfação dos débitos da Fazenda. 1.1 Inconstitucionalidade da expressão contida no art. 128 da Lei nº 8.213/91: ‘e liquidadas imediatamente, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil’. 2. Art. 5º da Resolução nº 5 do Conselho Nacional de Previdência Social. Controvérsia que se circunscreve à legalidade e não-constitucionalidade do ato normativo. Ação Direta de Inconstitucionalidade não conhecida, nesta parte. 2.1 A resolução está umbilicalmente vinculada ao art. 128 da Lei nº 8.213/91, e a declaração de inconstitucionalidade parcial deste preceito retira-lhe o sustentáculo para a sua existência na ordem jurídica, e por consequência, a sua aplicabilidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade parcialmente procedente.” (STF, Pleno, m.v., ADI 1.252-5, rel. Min. Maurício Correia, j. em 23/05/2006, DJU 24/10/1997)

Art. 128. “As demandas judiciais que tiverem por objeto as questões reguladas nesta Lei e cujo valor da execução, por autor, na data da citação, não for superior a R\$ 4.988,57 (quatro mil, novecentos e oitenta e oito reais e cinquenta e sete centavos), serão isentas de pagamento de custas e quitadas no prazo de 30 (trinta) dias, contados da juntada aos autos do mandado de citação cumprido, caso não haja embargos, ou, no mesmo prazo, a contar da intimação da sentença que os rejeitar, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil.

§ 1º Em caso de não pagamento no prazo acima estipulado, incidirá o Instituto Nacional do Seguro Social em multa irrelevável de 1% (um por cento) do valor do débito, por dia de atraso, até o máximo de 100% (cem por cento).

§ 2º Sem prejuízo da multa, poderá o juiz, a requerimento do credor, determinar o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito em conta corrente do Instituto Nacional do Seguro Social em agência bancária da sede do Juízo, desde que vencido o prazo sem pagamento nem qualquer outra manifestação do devedor. Colocado o valor em conta à disposição do Juízo, serão intimados do fato as partes e o Ministério Público. Nada sendo requerido em 5 (cinco) dias estará o juiz autorizado a determinar a expedição de alvará para satisfação do credor.”

Trata-se de tímido (pelo valor), porém significativo avanço procedimental, que o STF entendeu que violava a regra do art. 100 da CF/88; entretanto, em procedimento razoavelmente parecido com este, o RPV positivado pela EC 30/00 acabou incorporando todos os avanços da regra que, outrora, foi abolida do ordenamento jurídico, pelo STF.

3.3.4 O artigo 100 da CF/88 e a possibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública

Reza a CF/88,

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, *far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.*

A disciplina constitucional da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública veda, de maneira peremptória, a concessão de medidas de cunho cautelar e antecipatório que visem a adiantar execuções pecuniárias, como se afirmou no âmbito do STJ¹⁵⁴ e no STF.¹⁵⁵

¹⁵⁴ “(...) 3. A EC 30/00, ao inserir no § 1º do art. 100 da CF/88 a obrigação de só ser inserido no orçamento o pagamento de débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, extinguiu a possibilidade de execução provisória. 4. Releitura do art. 730 do CPC para não se admitir execução provisória contra a Fazenda Pública. 5. Recurso especial provido.” (STJ, 2ª T., v.u., REsp 791.896/PA, relª. Minª. Eliana Calmon, j. em 18/05/2006, DJU 14/06/2006, p. 207)

¹⁵⁵ “(...) Desde a promulgação da Emenda Constitucional 30, de 13.09.2000, que deu nova redação ao § 1º do art. 100 da Constituição Federal de 1988, tornou-se obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento dos débitos oriundos apenas de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais. Não se admite, assim, execução provisória de débitos da Fazenda Pública.

A doutrina também reafirma que a execução provisória, nos casos de execução por quantia certa, é incabível contra a Fazenda Pública, na modalidade provisória.¹⁵⁶ Como se viu, também a Lei 9.494/97 confirma a norma constitucional e veda, da mesma forma, a execução pecuniária antes do trânsito em julgado da decisão (art. 2º B), na esteira do que dispunham a Lei 4.348/64 (art. 5º), a 5.021/66 (art. 1º) e a 8.437/92 (art. 3º).

Existe importante discussão sobre se é possível a execução provisória das obrigações de fazer ou dar, tendo em vista que existe posição jurídica que entende que o art. 100 da CF/88 impõe o trânsito em julgado para o cumprimento, indistintamente, de qualquer sentença contra a Fazenda Pública.¹⁵⁷ Entretanto, uma série de leis – a do Mandado de Segurança é um exemplo – que permitem a concessão de liminares contra o Poder Público, algumas delas até de cunho pecuniário, como as previdenciárias.¹⁵⁸

O problema jurídico nesse caso é maior porque a limitação de execução provisória tem cunho constitucional, não sendo possível, em regra, declarar-se a inconstitucionalidade das normas constitucionais originárias – como já decidiu o STF.¹⁵⁹ Entretanto entende-se que

Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF, 2ª T., v.u., RE-ED 463.936/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 23/05/2006, DJU 16/06/2006, p. 27)

¹⁵⁶ “Dessa maneira, é de se afastar (data máxima vênica) o entendimento segundo o qual a inclusão em folha de pagamento é possível antes do trânsito em julgado desde que não ocorra o pagamento de parcelas pretéritas. Decerto que as parcelas pretéritas (vencidas) devem ser adimplidas após o trânsito em julgado – mas por força do art. 100 da CF/88, e não do art. 2º-B da Lei nº 9.494/97. E também a implantação das parcelas vincendas se dá após o trânsito em julgado, dessa feita por força do art. 2º-B da Lei nº 9.494/97. Decerto também que a *ratio legis* do art. 2º-B da Lei nº 9.494/97 decorre do art. 100 da CF/88 – pois que as situações nele listadas acarretam indiretamente o pagamento de valores. No entanto, não se pode confundir as duas disciplinas, e tampouco o âmbito de aplicação de cada uma delas.” (ZIMMERMANN, Sharon. “Reflexões Sobre a Natureza Jurídica do Trânsito em Julgado para as Condenações Listadas no Art. 2º-B da Lei 9.494/97.” *RDDP* 98/118). No mesmo sentido: LIMA NETO, Francisco Vieira. GUIMARÃES, Jader Ferreira. “As Tutelas de Urgência contra a Fazenda Pública na Jurisprudência do STF.” *RePro* 143/169.

¹⁵⁷ ZIMMERMANN, Sharon. “Reflexões Sobre a Natureza Jurídica do Trânsito em Julgado para as Condenações Listadas no Art. 2º-B da Lei 9.494/97.” *RDDP* 98/118.

¹⁵⁸ “... a vedação de execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública deve-se ater às hipóteses expressamente previstas no artigo 2º.-B da Lei 9.494/97, o que não se aplica ao caso em comento, porquanto não haverá o pagamento imediato dos valores pretéritos.” (STJ, AgRg no Resp 1.132.795/RN, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJU 26/04/2010)

¹⁵⁹ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. Na atual Carta Magna ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição’ (artigo 102, ‘caput’), o que implica dizer que essa jurisdição *lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição*. Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas

a eventual declaração de inconstitucionalidade de regra constitucional não afronta o sistema,¹⁶⁰ uma vez que elas não são normas constitucionais inconstitucionais originárias, mas derivadas, autorizando o juízo de constitucionalidade pelo Judiciário. O grande problema seria a declaração de inconstitucionalidade de norma constitucional originária – embora a esdrúxula situação vivida com o desconfortável texto do § 3º do art. 192 da CF/88 nos revela que, *de fato*, o Poder Judiciário brasileiro já conviveu com esta declaração, pois a regra que limitava a taxa de juros em 12% ao ano, sempre foi considerada *inconstitucional* (*rectius*: “não auto aplicável” – Súmula Vinculante 7 e Súmula 648 do STF).

A doutrina afirma a inconstitucionalidade destas regras que retiram do judiciário a possibilidade de fazer valer suas decisões liminares contra a Fazenda Pública.¹⁶¹ Defende-se como correta esta corrente, na medida que se trata de vedação desproporcional eliminar, aprioristicamente, a possibilidade de concessão de liminares contra os órgãos públicos, sejam elas de natureza cautelar ou antecipatória.

Mas há autores que defendem que estas regras – agora elevadas ao nível constitucional – são dotadas de razoabilidade, na medida evitam “sangria desatada dos cofres públicos”, tendo em vista “o frenesi judicial pela concessão de liminares.”¹⁶² Contudo, trata-se de posição criticável, pois seus fundamentos partem do pressuposto que os magistrados brasileiros seriam salteadores da *res publica*. Na realidade, o que acontece, é que estas vedações são realizadas de encomenda pelo Executivo, para a manutenção de certas políticas que não raro constituem confisco de bens de particulares ou vencimentos do funcionalismo, configurando-se verdadeira “razão de Estado”¹⁶³ (ver capítulo 5).

como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.” (STF, Pleno, v.u., ADI 815/DF, rel. Min. Moreira Alves, j. em 28/03/1996)

¹⁶⁰ “O Tribunal Constitucional Federal, do mesmo modo que outros tribunais alemães, reconheceu em várias decisões a existência de direito ‘suprapositivo’, obrigando também o legislador constituinte. Considera-se ele competente para aferir por esse direito o direito escrito. Também uma norma constitucional pode ser nula, se desrespeitar em medida insuportável os postulados fundamentais da justiça.” (BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 3)

¹⁶¹ BUENO, Cássio Scarpinella. “Execução por Quantia Certa Contra a Fazenda Pública – uma Proposta de Sistematização.” In: SHIMURA, Sérgio. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coords.) *Processo de Execução e Assuntos Afins*. São Paulo: RT, vol. II, 2001, p. 130. No mesmo sentido: “... suprimir o direito constitucional à liminar é o mesmo que legitimar a auto-tutela privada.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “O Direito à Adequada Tutela Jurisdicional.” *RT* 663/245)

¹⁶² LIMA NETO, Francisco Vieira. GUIMARÃES, Jader Ferreira. “As Tutelas de Urgência Contra a Fazenda Pública na Jurisprudência do STF.” *RePro* 143/170.

¹⁶³ “A razão de Estado ‘foi elaborada para justificar a derrogação das leis e da justiça em favor dos interesses do Estado, representado pela pessoa pública do príncipe.’ ‘Ela é esta derrogação à lei que tem o sentido de uma máscara que cai, a revelação de uma força que cessa subitamente de compor e corta duramente, outorgando-lhe o privilégio exorbitante de quebrar as regras.’ A razão de Estado (Staatsrason, raison d’État, ragione di Stato, ratio

Nesta linha de raciocínio, que conduz à possibilidade jurídica de execução provisória contra a Fazenda Pública, é necessário salientar que *não é correto afirmar que o precatório é ato essencial nestas execuções*, embora seja isso que esteja estampado no texto constitucional. *Certas hipóteses que se afiguram como verdadeiras execuções por quantia certa, na modalidade provisória, são permitidas pelo STF.*¹⁶⁴ A Corte tem se inclinado a defender a interpretação restritiva das vedações legais e constitucionais à execução provisória por quantia certa. Embora a Corte já tenha afirmado a constitucionalidade destas regras com efeitos *erga omnes* na ADC 4,¹⁶⁵ *excluiu da incidência dessa ADC as execuções previdenciárias*, qualquer que seja a natureza do benefício concedido (Súmula 729 do STF).¹⁶⁶

Em tese, *é possível executar a provisoriamente contra a Fazenda Pública quando a obrigação seja a de pagar quantia decorrente de normas previdenciárias, e acidentárias*; nos demais casos, não.

Entretanto, ainda que se defenda a constitucionalidade das vedações de execução das tutelas de urgência contra a Fazenda Pública, propõe-se uma outra abordagem ao problema, à luz da *teoria da derrotabilidade das normas jurídicas*, conclamando o interpreta a, no caso

status regis ou principis) consiste em pseudo-argumentos para fazer prevalecer a supremacia das razões (= interesses) políticas sobre as do direito e/ou da moral. Sendo o Estado um mal perdedor, ele sempre tenta mudar as regras do jogo a seu favor, ainda que o faça ignorando-as.” (BIM, Eduardo Fortunato. “A Razão de Estado na Práxis da Suspensão de Segurança.” In: JOBIM, Eduardo; MARTINS, Ives Gandra da Silva (orgs.). *O Processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, 767-768)

¹⁶⁴ Comentando o tema de proibição indiscriminada de liminares contra o Poder Público, o Min. Luiz Fux asseverou: “A vedação, como é possível entrever, pode frustrar o dever de prestar jurisdição, consagrado constitucionalmente, por isso que a regra deve ser interpretada *cum grano salis*, posto que, apesar de considerada constitucional pelo E. STF, restou recomendada sua exegese à luz da valoração dos interesses em jogo caso a caso, notadamente os direitos fundamentais, como, *v.g.*, tem ocorrido nas liminares de proteção imediata à vida e à saúde do povo.” (FUX, Luiz. “O novo microsistema legislativo das liminares contra o Poder Público.” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. NERY Jr., Nelson. FUX, Luiz. (Coords.) *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 831)

¹⁶⁵ “(...) 6. Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial (‘fumus boni iuris’). Precedente: ADIMC - 1.576-1. 7. Está igualmente atendido o requisito do ‘periculum in mora’, em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, ‘ex nunc’, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente ‘ex nunc’, os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido.” (STF, Pleno, m.v., ADC-MC 4/DF, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 11/02/1998, DJU 21/05/1999, p. 2)

¹⁶⁶ Súmula que vem se aplicando a diversos benefícios previdenciários, cf. STF, Pleno, v.u., Rcl-AgR 2.446/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 03/02/2005, DJU 05/08/2005, p. 6.

concreto, ponderar se a *ratio iuris* das vedações operam efeito ante as particularidades do caso.¹⁶⁷

Veja que até o STF já decidiu que a vedação *abstracta* de liminares contra o poder público era constitucional, o que não excluiria a inconstitucionalidade nos casos concretos.¹⁶⁸

Em alguns casos específicos, porém, o STF e o STJ têm permitido a concessão de medidas cautelares que protegem vencimentos contra a injusta diminuição destes,¹⁶⁹ aposentadorias (Súmula 729 do STF), ou concessão de remédios ou tratamentos médicos,¹⁷⁰ o que revela que, ainda que se trate de posicionamento ainda tímido, a proteção dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana já têm sustentado o afastamento de certas restrições à atividade judicial.

Por isso, os casos nos quais a vedação de execução provisória contra a Fazenda Pública coloque em risco valores como a dignidade da pessoa humana, a manutenção da vida, a possibilidade de afastar estas regras surgem como *a única solução correta*. Está-se diante de casos de derrotabilidade.

Veja-se que outros tribunais, como o TJ/SP, também têm aplicado a derrotabilidade, para, como base no poder geral de cautela, afastar outras regras constitucionais, como a de

¹⁶⁷ MAIDAME, Márcio Manoel. BIM, Eduardo Fortunato. “Restrições ao Poder Geral de Cautela e Derrotabilidade.” *RePro* 175/80.

¹⁶⁸ -“Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Medida Provisória 173, de 18.3.90, que veda a concessão de ‘medida liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes das medidas provisórias números 151, 154, 158, 160, 162, 165, 167 e 168’: Indeferimento do pedido de suspensão cautelar da vigência do diploma impugnado (...). Admissibilidade, não obstante, de condições e limitações legais ao poder cautelar do juiz. a tutela cautelar e o risco do constrangimento precipitado a direitos da parte contrária, com violação da garantia do devido processo legal (...). *Indeferimento da suspensão liminar da MP 173, que não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar...*” (STF, pleno, ADI 223 MC, rel. Min. Paulo Brossard, rel. p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. em 05/04/1990 - grifamos)

¹⁶⁹ “*Servidor Público*. Procuradores da Fazenda Nacional. Vencimentos e proventos. Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI. Restabelecimento. Antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Admissibilidade. Inaplicabilidade da decisão da ADC nº 4. Nova orientação assentada pelo Plenário. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADC nº 4, decisão que, a título de antecipação de tutela, não traduz aumento pecuniário, mas representa mero óbice judicial à redução de verba salarial.” (STF, Pleno, v.u., AR na Rcl 4.383/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 15/03/2006, DJU 28/04/2006, p. 198). No mesmo sentido: STF, Pleno, v.u., Rcl 1.578/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 26/06/2002, DJU 21/02/2003, p. 29.

¹⁷⁰ Embora o julgador tenha preferido utilizar-se do discurso da tutela específica (obrigações de fazer, não fazer ou dar), na realidade a constrição efetivou-se sobre dinheiro público, *a revelar que a espécie tratava de execução por quantia certa*. E, desde modo, verifica-se que mesmo implicitamente, o STJ tem aplicado a derrotabilidade, para afastar proibições de cunho legal e até constitucional, com escopo de conceder a tutela jurisdicional adequada ao caso concreto, cf.: STJ, 2ª T., v.u., AR no AI 723.281/RS, rel. Min. Castro Meira, j. em 07/02/2006, DJU 20/02/2006, p. 306.

estrito respeito à ordem legal dos precatórios,¹⁷¹ quando o respeito a estas restrições revele-se capaz de causar danos irreparáveis (*periculum in mora*) a direitos fundamentais do cidadão.

Em duas situações isso fica bem claro na jurisprudência constitucional. Por ocasião do julgamento do Agravo Regimental interposto na Reclamação 3.034-2,¹⁷² o Supremo Tribunal Federal negou o pedido de suspensão do sequestro de valores do Estado da Paraíba, promovido para o pagamento de precatório a pessoa portadora de doença incurável. Na mesma linha, o Supremo negou a suspensão de sequestro ordenado em favor de credor com neoplasia maligna (tumor) na laringe, quebrando a regra estabelecida na ADI 1.662 de que a única hipótese de sequestro de verbas para custear precatórios seria a quebra da precedência no pagamento. Por unanimidade, o Supremo não chegou a analisar a relação entre o direito fundamental à saúde e a norma que rege o pagamento de precatórios, derrotando a regra da ADI 1.662 (“a menos que”) em face do envolvimento do direito à saúde (Rcl 3982).

¹⁷¹ “... José Carlos Nogueira requer o sequestro liminar de rendas públicas do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, por ser titular de cota-parte do precatório n. EP-00398/04, Ordem Cronológica n. 91/05, de natureza alimentar, não quitado pelo devedor. (...) com fundamento no constitucional princípio da dignidade humana, diante da excepcional moléstia que acomete o requerente, defiro a liminar de seqüestro...” (TJ/SP, despacho monocrático do Presidente do Tribunal, Pedido de Sequestro de Rendas Públicas 147.048.0/1-00, rel. Des. Celso Limongi, j. em 03/08/2007, *DOESP* 07/08/2007)

¹⁷² STF, Pleno, AR na Rcl 3.034-2, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* 27/10/2006.

4. EXECUÇÃO PECUNIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA NA TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES

4.1 Execução (?) contra a Fazenda Pública e Natureza das Coisas

Antes de falar da natureza jurídica do precatório, parece-nos necessário tratar primeiro da definição de execução contra a Fazenda Pública.

Há, na doutrina, importantes opiniões de que não se executa a Fazenda Pública, pois, nas regras dos precatórios “...*está implícita a proibição de qualquer execução compulsória contra a Fazenda.*”¹⁷³ Do ponto de vista pragmático, a opinião destes doutrinadores parece estar correta¹⁷⁴ – posto que o Poder Judiciário, ao menos no que tange às condenações de maior valor, realmente não têm utilizado de meios suasórios para fazer valer suas condenações.

¹⁷³ “A razão em que se assenta a impenhorabilidade das rendas do Estado está em que essas rendas, mesmo as dos bens patrimoniais, têm destinação orçamentária, aplicam-se ao custeio dos serviços públicos que seriam interrompidos ou perturbados se pudessem ser desviados, pela penhora, para outros pagamentos. O meio de conciliar o interesse ligado à impenhorabilidade absoluta dos valores do Estado foi encontrado na Constituição ao dispor no art. 95 sobre os pagamentos devidos pela Fazenda Nacional quando condenada em juízo. *Neste dispositivo constitucional está implícita a proibição de qualquer execução compulsória contra a Fazenda.*” (STF, RE 7.864/PI, rel. p/ Ac. Min. Castro Nunes, j. em 31/01/1941 - grifamos). Doutrinariamente, escreveu o Min. Castro Nunes: “A execução pela penhora, em se tratando de causa que seja parte a Fazenda, somente pode ocorrer no caso em que seja esta exequente, isto é, seja a parte vencedora (...). *Na hipótese inversa, não há propriamente execução...*” (CASTRO NUNES. *Da Fazenda Pública em Juízo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950, p. 228).

¹⁷⁴ “É crônica a crise de inadimplência estatal, que vem colocando em xeque a própria autoridade do Poder Judiciário. Depois de uma luta judicial que normalmente se arrasta por muitos anos, os precatórios são expedidos como última etapa da execução das condenações da Fazenda Pública. O que passa a seguir? A resposta, cada vez mais freqüente, é incrível: *Nada.*” (SUNDFELD, Carlos Ari. “Prefácio.” In: PELEGRINI, Márcia. *A Intervenção Estadual nos Municípios: Cumprimento de Ordem ou Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 11).

Entretanto, com auxílios de dois *topois* argumentativos, quer se defender a existência de uma verdadeira execução contra a Fazenda Pública.

Primeiro,

A língua e a linguagem devem ter conteúdo semântico com relativa carga de adequação sobre o objeto descrito, sob pena do fenômeno comunicacional ruir e, assim, ruir o próprio Direito. Em uma síntese do pensamento Gadameriano, o que se quer dizer é que a linguagem, e a língua é um dos seus veículos, constituem o *medium* da possibilidade de comunicação,¹⁷⁵ interpretação e interação: *devemos respeito aos signos e significados (rectius, aos postulados mínimos da língua), para que a experiência humana de poder (no sentido Arendtiano da palavra) ocorra, ou seja, a palavra substitua a violência. É certo porém que a teoria da linguagem gadameriana pressupõe a construção do signo por meio do diálogo, mas não ignora que existe um pré-conceito sobre os signos que, inclusive, pode se confirmar na dinâmica do diálogo.*

Diz Gadamer:

“Compreender o que alguém diz é, como já vimos, pôr-se de acordo sobre a coisa... Percebemos agora que *todo este processo é um processo linguístico.*”¹⁷⁶

E o ponto que nos parecer crucial para o desenvolvimento das ideias deste capítulo:

“Não é em vão que a verdadeira problemática da compreensão e a tentativa de dominá-la pela arte – o tema da hermenêutica – pertencem *tradicionalmente ao âmbito da gramática e da retórica.*”¹⁷⁷

Veja-se que os vocábulos, embora não tenham caráter absoluto,¹⁷⁸ pois decorrem de convenções, constituem o núcleo de um processo comunicacional possível. “A linguagem é o meio em que se realiza o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa.”¹⁷⁹

No mesmo sentido: CALMON FILHO, Petrônio. “Execução Contra a Fazenda Pública e Penhora de Bens Públicos. Proposta do Instituto Brasileiro de Direito Processual para a Reforma do Artigo 100 da Constituição Federal.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 151.

¹⁷⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 559

¹⁷⁶ *Idem, ibidem.*

¹⁷⁷ *Idem, ibidem.*

¹⁷⁸ Pois é certo que os nomes pelos quais chamamos as coisas não servem de guia seguro para sabermos o que elas realmente são, como diria Shakespeare (*that which we call a rose, by any other word would smell as sweet*). Na famosa cena da obra “Romeo e Julieta”, a heroína propõe a Romeo que renegue seu nome, em favor do amor de ambos, no seguinte diálogo: “JULIETA: — Meu inimigo é apenas o teu nome. Continuarias sendo o que és, se acaso Montecchio tu não fosses. Que é Montecchio? Não será mão, nem pé, nem braço ou rosto, nem parte alguma que pertença ao corpo. Sê outro nome. Que há num simples nome? *O que chamamos rosa, sob uma outra designação teria igual perfume.* Assim Romeu, se não tivesse o nome de Romeu, conservara a tão preciosa

Ainda que discordem sobre o *significado*, pois este decorre do processo hermenêutico que é dialético, os interlocutores devem estar de acordo com o signo usado para designar o objeto. A doutrina e a jurisprudência designam, de maneira uniforme e unânime, o procedimento de cumprimento das decisões em que restou condenada a administração de “execução contra a Fazenda Pública.” Em uma síntese muito simplificativa das teorias gadamerianas, agora, cumpre aos seres humanos em *diálogo* tentar “convencer” ou fazer com que o ponto de vista de um interlocutor influencie a definição que o outro tem sobre o mesmo objeto e, quem sabe, até construir dialeticamente um outro e novo significado, com todas as contribuições decorrentes do diálogo: *neste quadrante a comunicação é transformadora*.

Evidentemente, estas ideias têm um fundo de *ingenuidade*, posto que o conteúdo dos termos e signos normativos, muitas vezes, são preenchidos por motivos outros, que não os puramente intelectuais. *Mas este texto – embora não ignore a existência de motivos inconfessáveis no jogo do processo judiciário – tenta discutir racionalmente o problema*.

Um exemplo deste processo *dialógico* pode ser observado na recente jurisprudência do STF sobre o mandado de injunção:¹⁸⁰ os debates naquela Corte apontaram que o tribunal mudou o entendimento sobre a possibilidade de colmatar o ordenamento jurídico – ou seja – o processo de diálogo constante com aqueles que tinham direitos suprimidos pela mora parlamentar, fez com que os ministros passassem a *ter outro entendimento sobre o objeto*.¹⁸¹ É neste sentido que a comunicação pode ser transformadora, sob a visão gadameriana.

Nada impede que o influxo de informações que demonstrem que *há saídas* para o problema da execução contra a Fazenda Pública mude o modo pelo qual os tribunais encaram

perfeição que dele é sem esse título. Romeu, risca teu nome, e, em troca dele, que não é parte alguma de ti mesmo, fica comigo inteira.”

¹⁷⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 559-560

¹⁸⁰ “(...) Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. (...) A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. (...) O argumento de que a Corte estaria então a legislar – o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] – é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil.” (STF, Pleno, m.v., MI 712-8, rel. Min. Eros Grau, j. em 25/10/2007)

¹⁸¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 121.

a mora do poder público em pagar seus precatórios. *O signo constitui o meio da comunicação – o significado somente se materializa em um processo – processo hermenêutico.*

Segundo,

A natureza das coisas indica que a garantia da execução, mesmo contra o Estado, é uma garantia fundamental do cidadão.

Como disse o Tribunal Europeu de Direitos do Homem, o momento da execução do julgado faz parte da “dimensão intrínseca da declaração do processo”,¹⁸² mesmo quando o executado seja o Estado: *justice must not only be done; it must be seen to be done.*¹⁸³

Nas palavras de Canotilho:

“Finalmente, a existência de uma proteção jurídica eficaz pressupõe *o direito à execução das sentenças* (‘fazer cumprir as sentenças’) dos tribunais através dos tribunais (ou de outras autoridades pública), devendo o Estado fornecer todos os meios jurídicos e materiais necessários e adequados para dar cumprimento às sentenças do juiz. Esta dimensão de protecção jurídica é extensiva, em princípio, à execução das sentenças proferidas contra o próprio Estado (...)”¹⁸⁴

Colocado este ponto, defender que a execução contra a Fazenda Pública não é execução, viola os postulados mais básicos da lógica (e da linguagem): o princípio da identidade e o subprincípio, decorrente deste primeiro, o do “terceiro excluído”.¹⁸⁵

Assim, o entendimento sobre qual é *natureza das coisas*, conforme explica Antonio Tarantino, tem carácter linguístico (neste sentido, também, Ricardo Dip – com fartíssima fundamentação¹⁸⁶), e acaba por influenciar no agir, pois “nella prospettiva di un tal modo di

¹⁸² Caso *Hornsby*, de 19/03/1997 *apud* CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6^a ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 495.

¹⁸³ Caso *Lobo Machado vs. Portugal*, de 20/02/1996 *apud* CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6^a ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 495.

¹⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6^a ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 495.

¹⁸⁵ “O princípio lógico fundamental é o princípio da identidade: tudo é idêntico a si mesmo. Em fórmula, A é A. Por exemplo, podemos dizer a árvore é árvore. Este princípio é por demais evidente por sua elementariedade tautológica e assusta que tenha que ser formulado. Contudo, a ele se articulam dois outros princípios tidos como a base da lógica clássica e, por extensão, do ‘bom raciocínio’: o princípio da não-contradição e o princípio do terceiro-excluído. O primeiro deles, como o nome indica, afirma que não deve existir contradição no raciocínio: A não é não-A, e a árvore não é não-árvore. O princípio da não-contradição é, de certa maneira, a forma negativa do princípio da identidade, ou seja, afirma que algo não pode ser e não ser ele mesmo. O segundo deles, o princípio do terceiro-excluído, pode ser visto como a forma disjuntiva do princípio da identidade: uma coisa é ou não é. Entre essas duas possibilidades contraditórias não há possibilidade de uma terceira que, assim, fica excluída. Formalmente, é assim expresso: A é B ou A não é B; como exemplo podemos, alimentados deste princípio, dizer que ou aquilo é árvore ou não é árvore.” (TENÓRIO, Robinson Moreira. “Lógica Clássica: um problema de identidade.” In: http://www2.uefs.br/sitientibus/pdf/11/logica_classica_um_problema_de_identida_de.pdf)

¹⁸⁶ “‘Todo sucessivo’ das instituições humanas, a tradição as vai amoldando à idiossincrasia dos povos, na variedade do tempo e na diversidade do lugar: ela é o roteiro da prudência jurídica, tanto para a elaboração

intendere il termine essenza nel campo dell'azione, causa e fine si identifichino.”¹⁸⁷ O fato é que a definição sobre a natureza das coisas implica na definição ontológica e essencial da própria coisa, constituindo – então – um problema de matiz jurídico¹⁸⁸ o desvirtuamento da significação e essencial dos institutos de direito.¹⁸⁹

Neste sentido, diversos são os pontos do regime da execução contra a Fazenda Pública que nos permitem sustentar, coerentemente, que se está diante de uma verdadeira execução, no sentido de ter o Judiciário obrigação constitucional de *fazer agir* a coerção necessária para que os direitos reconhecidos sejam adimplidos.¹⁹⁰ A tutela do direito à saúde, as ações previdenciárias, o sequestro de verbas no caso de descumprimento das RPVs, o modo de cumprir as decisões liminares ou finais, em ações de condenação à tutela específica, nos dão conta de que *o Poder Executivo pode, sim, se dobrar a força coercitiva emanada do Poder Judiciário*, sem que isso rompa a sinergia republicana sadia e necessária entre os poderes.

4.2 O precatório e sua natureza jurídica

A palavra *precatório*, segundo Domingos Franciulli Neto, tem origem obscura, mas certamente vem do latim: “*precatorius, onis* = súplica, petição, rogo; *precatus, a, um*, adj. part. adj. = que rogou; rogado.”¹⁹¹ Segundo Américo Luís Martins da Silva a expressão latina significava “requisitar alguma coisa a alguém.”¹⁹² Neste sentido, à luz do art. 200 do CPC vigente, o precatório de certa forma se aproxima da figura das *cartas*, na medida em que *dá notícia ao presidente o tribunal do trânsito em julgado da sentença condenatória, com o*

legislativa (porque a lei humana deve ser, na linguagem de Santo Isidoro de Sevilha, *secundum consuetudinem patriae, loco temporique conveniens*), quanto para a concretização do direito-justo (assinalando o critério de compreensão dos significados normativos e contribuindo para uma correta aferição dos fatos, supostos indispensáveis a uma *reta interpretatio*).” (DIP, Ricardo Henry Marques. “Natureza das Coisas e Direito: notas para a recuperação de um conceito.” RT 715/372)

¹⁸⁷ TARANTINO, Antonio. *La Problematica Odierna Della Natura delle Cose*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2008, p. 46.

¹⁸⁸ CTN, art. 110. “A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

¹⁸⁹ TARANTINO, Antonio. *La Problematica Odierna Della Natura delle Cose*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2008, p. 46.

¹⁹⁰ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução Contra a Fazenda Pública: regime de precatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 88.

¹⁹¹ FRANCIULLI NETO, Domingos. “Notas sobre o Precatório na Execução contra a Fazenda Pública.” *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva* 12/34.

¹⁹² SILVA, Américo Luís Martins da. *Precatório-Requisitório e Requisição de Pequeno Valor (RPV)*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 161.

valor da condenação, para que expeça e remeta a requisição de fundos à pessoa de direito público condenada. A diferença entre o precatório e as cartas é de destino e motivação, apenas.

Logo, o *precatório-requisitório* é um conjunto de atos, que gravitam em torno de dois atos nucleares: primeiro, a comunicação do juiz singular ou órgão fracionário, nos casos de competência originária ao presidente da corte e, segundo, a requisição, pelo presidente, do numerário ao ente público condenado.

A essência do precatório-requisitório está no *segundo ato*, ou seja, a requisição de numerário que o presidente da corte faz ao ente público condenado. Qual a natureza jurídica deste ato?

A corrente majoritária entende ser ato meramente administrativo o do presidente do tribunal.¹⁹³ Tal posição encontra-se consolidada na Súmula 311 do STJ, *verbis*:

Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional.

Discorda-se deste entendimento, pois o presidente, entre outros, tem competência para estabelecer controle sobre o valor exequendo, sobre a ordem de pagamento e, neste último caso, determinar o sequestro das verbas, além de, depois da EC 62, estabelecer o controle das ordens de preferência dos precatórios (comuns, alimentares, e os “superprivilegiados”, ou seja, precatórios cujos titulares sejam idosos e portadores de doenças graves).

Entretanto, o mais fundamental, nos parece ser a faculdade cruzada de o presidente do tribunal remeter os autos do precatório requisitório ao Ministério Público (CPP, art. 40), para aferição do crime de responsabilidade previsto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92).

Defende-se a natureza jurisdicional tanto da remessa do requisitório quanto do controle do cumprimento destas ordens, exatamente porque se trata exatamente do mais sensível ato de império do Poder Executivo: impor a força de suas ordens ao próprio Estado, o que exige escrúpulos, cuidado e independência que só socorrem aos atos jurisdicionais *stricto sensu*.

¹⁹³ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução Contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 19.

4.3 Execução contra a Fazenda Pública e Separação de Poderes

Não se duvida de que o problema dos precatórios nos Estados membros e municípios que resolveram desrespeitar a Lei de Responsabilidade Fiscal e a moralidade é grave e difícil. Está diretamente ligado com, pelo menos, três pontos sensibíllimos da Administração Pública, a saber: (i) orçamento, (ii) política fiscal/monetária¹⁹⁴ e, (ii) implementação de políticas públicas (prestações positivas – embora se reconheça aqui que as prestações “negativas” podem, também, gerar gastos, como o policiamento ostensivo, v.g.).

Todos estes temas, indistintamente, fogem – via de regra – ao padrão de exercício de poder que é constitucionalmente reservado ao Judiciário, poder da república que foi projetado para o *judicial review*, para apenas reagir às decisões dos outros poderes e não ele, dirigir os rumos da sociedade, como ilustra a célebre passagem d’*Os Federalistas*.¹⁹⁵

A rigor, se a abordagem fosse do ponto de vista da tutela jurisdicional executiva individualmente falando, este capítulo não teria sentido, como já bem advertiu Arthur Sanches Badin, pois

“Enquanto no modelo liberal o direito cumpria uma função *retributiva*, acentuado o caráter reparador da intervenção do Judiciário nos casos de disrupção da ordem, o direito do Estado do Bem Estar Social carrega consigo a missão de instrumentalizar a efetivação de uma justiça *distributiva*, a promover a reequalização da distribuição de renda, riqueza e oportunidades.”¹⁹⁶

Explica-se: se a tutela executiva é decorrente de uma tutela eminentemente reparatória, indenizatória, em regra, estaria fora do espectro de tutelas jurisdicionais que demandam o *fomento* ou mesmo a *implementação políticas públicas* (prestações positivas – ou direitos sociais de 2^a geração).

¹⁹⁴ “... a política fiscal consiste no uso de instrumentos fiscais – gastos fiscais, tributos, crédito público, administração financeira etc., com o fim de influir no desenvolvimento e na orientação da atividade econômica.” (ARAÚJO, Eugênio Rosa. *Economia & Justiça: ativismo judicial na política monetária*. Niterói: Ímpetus, 2012, p. 91)

¹⁹⁵ “Quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, o Poder Judiciário, pela mesma natureza da suas funções, é o mesmo temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de ataca-la. O poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa.” (HAMILTON, Alexander. “Da Inamovibilidade do Poder Judiciário.” In: HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *O Federalista*. São Paulo: Abril Cultural (Série “Os Pensadores”), 1973, vol. XXIX, p. 167-168); Complementando a ideia de Hamilton, Laura Nader e Ugo Mattei, forte na ideia do *founding father*, disseram: “Enquanto o legislativo tem a bolsa, decidindo sobre a dotação das verbas públicas, e o executivo, com sua autoridade sobre os militares e a polícia, tem a espada, o judiciário (e, em termos gerais, a advocacia) não tem nem uma nem outra. Devido a essa falta de bolsa e de espada, o poder político dos profissionais do Direito termina sendo explicado por uma *filosofia reativa*.” (NADER, Laura. MATTEI, Ugo. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 245)

¹⁹⁶ BADIN, Arthur Sanches. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 16.

Entretanto, como conduzido o problema da execução contra a Fazenda Pública no Brasil, – ainda que estejamos falando de um processo civil individual e indenizatório (*reativo*) – estamos, sim, a tratar de políticas públicas, de direitos que só se concretizarão mediante o estabelecimento de um modelo de tutela jurisdicional “distributivo”, tendo em vista que a tutela executiva no modelo dos precatórios brasileiro é coletiva. E, *data venia* aqueles que entendem que é necessária uma alteração legislativa para o atingimento deste desiderato,¹⁹⁷ na verdade, é o Executivo é quem deve ser o condutor da implementação destas políticas públicas (ainda que por determinação Judiciário), como bem explica Fábio Konder Comparato:

“Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem alcançadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. E aí, à falta de uma consequente reorganização constitucional de Poderes, a qual dê preeminência à função planejadora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico.”¹⁹⁸

E o Poder Executivo, ao menos no âmbitos dos municípios e estados membros inadimplentes, não possui política pública alguma. O problema é que a ausência de solução para o problema dos precatórios fere de morte ao menos três garantias constitucionais: (i) da propriedade, (ii) da tutela jurisdicional e (iii) da duração razoável do processo. De acordo com as regras do jogo do Estado Democrático de Direito, se direitos previstos na constituição não são respeitados, entra em jogo a tutela jurisdicional, que, nesta quadra, assume um papel político de implementação de políticas, em razão da inércia do Executivo / Legislativo.

Evidentemente, que críticos dirão que a legitimidade do Judiciário não é adequada para este tipo de exercício de poder, crítica essa que, embora possa até configurar uma ponderação lúcida sobre o hermetismo aristocrático da toga, enquanto poder,¹⁹⁹ revigora antiga (e ultrapassada) ideologia do Poder Judiciário como “a boca da lei”, ou seja, um resgate

¹⁹⁷ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 1033.

¹⁹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. “Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas.” *Revista de Informação Legislativa* 138/44.

¹⁹⁹ Uma suma dos argumentos “pró” e “contra” a “iniciativa” judicial na condução / imposição do Poder Judiciário na deliberação das políticas públicas podem ser lidos na seguinte obra: MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva / Direito GV, 2011, *passim*. Alguns dos argumentos “contra” o “ativismo judicial” são: “A corte não promove uma representação deliberativa ou argumentativa. Juízes não representam, não são eleitos, e sim uma elite profissional” (p. 101); “A corte não é uma instituição educativa, nem promove um debate público melhor do que o legislador. Está presa a uma linguagem empobrecida, verborrágica, inflexível e amarrada a tecnicidades jurídicas” (p. 101/102), entre outros.

daquilo que António Manuel Hespanha chamou de “paradigma legalista”.²⁰⁰ Porém trata-se de discurso que fecha a perspectiva da solução de um problema, que, ainda que não seja a melhor, é a única acessível aos cidadãos violados em seus direitos.

Portanto, o que se há de questionar é se o princípio constitucional da separação de poderes é *via de mão única*, ou seja, *somente o Judiciário é que precisa se autoconter para não invadir as competências dos outros dois poderes*, ou se este princípio é *via de mão dupla*, cabendo também ao Executivo e Legislativo *respeitar as determinações do Judiciário, já transitadas em julgado*.

Quer nos parecer que a conduta do Poder Executivo em não adimplir os precatórios é ainda mais grave desrespeito a harmonia dos poderes. Como já verificou Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, *verbis*:

“O não-cumprimento de uma decisão judicial, que determina o pagamento de um precatório, além de ser uma ofensa à própria Constituição Federal, coloca em situação de inferioridade o Poder Judiciário, que se vê desrespeitado em sua função de autoridade judiciária. A demora para pagar, ainda que legal, constitui fator de desprestígio para o Judiciário perante a opinião pública, pois a ideia, em geral, é que esse poder é o responsável pela situação, o que consiste em marcante injustiça.”²⁰¹

Entretanto, o Judiciário não pode ser considerado a “vítima” deste modelo, pois evidente que muitos magistrados têm interesses na manutenção desta situação. Veja-se que o agravamento da situação dos precatórios deu-se, em grande parte, pelas construções que o próprio Judiciário (diga-se, o STF em maior parte), fez das regras do art. 100 da CF/88. Esta afirmação, na verdade, decorre da observação de dois problemas centrais na estrutura do procedimento dos precatórios:

Primeiro,

Trata-se de um grave problema centralizar os requisitórios nas mãos do Presidente do Tribunal, que não exerce um papel exclusivamente jurisdicional. Como “presidente” do Poder Judiciário, sua atual tem um forte elemento político²⁰² (ainda que, quando gestor dos

²⁰⁰ “O ‘paradigma legalista’ caracteriza-se por instituir a lei como tecnologia disciplinar fundamental (ou mesmo exclusiva) das relações sociais.” (HESPANHA, António Manuel. “Lei e Justiça: história e prospectiva de um paradigma.” In: HESPANHA, António Manuel (Coord.). *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 12)

²⁰¹ “Introdução.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (coord.). *Execução Contra a Fazenda Pública – Razões Políticas do Descumprimento às Ordens Judiciais*. Brasília: Série Pesquisas do Centro de Estudos Judiciários (CEJ) / Conselho da Justiça Federal (CJF), 2002, vol. 8, p. 8.

²⁰² Em simetria do acontece na suspensão de segurança, instrumento no qual se prevê a possibilidade de o presidente do tribunal sustar a eficácia de decisões contrárias ao interesse público.

precatório, sua autoridade é jurisdicional). Mas, a rigor, como “chefe” de um dos poderes, precisa necessariamente manter uma posição política que não aconselha o confronto, na medida em que o Judiciário não tem, em regra, independência financeira em relação aos outros Poderes, dependendo de verbas que são “negociadas” (sabe-se lá a que custo).

A prática da suspensão de segurança revela que a pessoalização na figura do presidente constitui um tremendo instrumento político²⁰³ que contribui para o engessamento das medidas judiciais contra a Fazenda Pública, violando claramente a figura do juiz natural.²⁰⁴ Evidentemente, como a própria Constituição concede esta competência do presidente do tribunal, portanto, não há como se apontar a regra como inconstitucional – somente como sintoma de nossa frágil democracia no campo processual.

A ideia de fragilidade do Poder Judiciário é tão, ou mais antiga, que a própria ideia do *judicial review*, pois da obra “Federalistas” colhe-se o depoimento de um dos *founding fathers* sobre a “fraqueza” do Judiciário, *verbis*:

“Quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, o Poder Judiciário, pela mesma natureza das suas funções, é o mesmo temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la. (...) Já esta simples observação nos habilita a estabelecer os princípios seguintes: 1) que o Poder Judiciário é sem questão alguma o mais fraco dos três; 2) que por isso mesmo, não pode atacar nenhum dos dois outros com boa esperança de resultado; 3) que é preciso dar-lhe todos os meios possíveis para poder defender-se dos outros dois.”²⁰⁵

A “personalização” do Presidente, como “gestor” dos precatórios é temerária, um claro indício de que o procedimento foi argutamente arquitetado para baixa efetividade. É

²⁰³ “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CABIMENTO DE RECURSO ESPECIAL EM SUSPENSÃO DE LIMINAR.

Não cabe recurso especial em face de decisões proferidas em pedido de suspensão de liminar. Esse recurso visa discutir argumentos referentes a exame de legalidade, e o pedido de suspensão ostenta juízo político. O recurso especial não se presta à revisão do juízo político realizado pelo tribunal a quo para a concessão da suspensão de liminar, notadamente porque decorrente de juízo de valor acerca das circunstâncias fáticas que ensejaram a medida, cujo reexame é vedado nos termos da Súm. n. 7/STJ. Precedentes citados: AgRg no AREsp 103.670-DF, DJe 16/10/2012; AgRg no REsp 1.301.766-MA, DJe 25/4/2012, e AgRg no REsp 1.207.495-RJ, DJe 26/4/2011.”

(STJ, 1ª T., v.u., AgRg no AREsp 126.036-RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 4/12/2012)

²⁰⁴ Neste sentido: “... a inconstitucionalidade desse novo pedido de suspensão é patente pela ausência de competência dos Tribunais Superiores para julgá-lo. Não há, com efeito, previsão constitucional para que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça analisem tais pedidos. É cediço que a competência daqueles Tribunais é somente e exaustivamente definida na Constituição Federal. Em nenhum dispositivo daquela Carta vê-se que um daqueles Tribunais conhecerá desses esdrúxulos pedidos de suspensão da não-suspensão.” (BUENO, Cássio Scarpinella. *O Poder Público em Juízo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 76)

²⁰⁵ HAMILTON, Alexander. “Da Inamovibilidade do Poder Judiciário.” In: HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *O Federalista*. São Paulo: Abril Cultural (Série “Os Pensadores”), 1973, vol. XXIX, p. 167-168.

possível, caso o Presidente do Tribunal seja mais enérgico nas cobranças, que o Executivo parte para retaliação, retendo as verbas de custeio do Poder Judiciário. Não se trata de argumento *ad terrorem*, pois inúmeros precedentes do STF²⁰⁶ que existe, efetivamente, a prática de contingenciar recursos do Poder Judiciário, pelo Executivo, especialmente quando o relacionamento entre os “chefes” dos poderes não é “amistosa”. E é por isso que o próprio *founding father* Alexander Hamilton advertiu: *é preciso proteger o Judiciário dos outros Poderes*. O próprio Judiciário deve(ria) fazer isso.

Segundo,

Lamentavelmente, mantido o pensamento majoritário cristalizado na Súmula 311 do STJ, é inegável verificar que a coisa julgada decorrente das condenações contra a Fazenda Pública fica subordinada a um mero ato administrativo, demonstrando a supremacia do interesse secundário do Estado sobre a sentença condenatória.

A moderna visão do princípio da tripartição de poderes coloca a grave função de estabelecer o controle da atuação estatal de maneira ampla nas mãos do Poder judiciário, *verbis*:

“No Estado de Direito do século XX a ideia de controlo, fiscalização e também coordenação recíprocos tornou-se o centro de gravidade do princípio da separação dos poderes. Uma função e controlo tem até sido elevada a função autónoma de Estado. Dentre os vários tipos de controlo inter orgânico ou intraestadual avultam os controlos jurisdicionais, quer da legalidade da administração, quer da constitucionalidade da legislação, *evidenciando a ‘ascensão’ nítida do poder judicial que é, por isso, hoje a contra imagem do ‘pouvoir em quelque façon nul’* preconizado por Montesquieu... Um efectivo controlo do poder pelo poder pressupõe os centros de poder entre os quais se há-de processar a relação de recíproco controlo possuam características diferenciadoras capazes de contrapor *ou de criar entre eles tensões*.”²⁰⁷

Como Nuno Piçarra anteviu, a imposição da ordem de pagamento ao Executivo, certamente, criará tensões entre os poderes. *Este é o papel do processo de execução*, pois ainda que seja moralmente exigível, *em nossa cultura latina só se adimple às condenações quando a coerção torna insuportável a resistência* (porque a regra é: devo, não nego, não pago – seja o devedor particular ou o Estado). Portanto, é falacioso – *data maxima venia* – o argumento de que qualquer inovação para efetivação dos direitos viola a cláusula

²⁰⁶ Precedentes nos quais o STF determinou ao Poder Executivo que restabeleça o repasse de duodécimos ao Poder Judiciário, cortados administrativamente e sem oitiva do Presidente do Tribunal: MS 21.291/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MS 21.275/MT, Rel. Min. Moreira Alves; MS 21.276/PE, Rel. Min. Maurício Corrêa; MS 21.278/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão; e MS 21.282/DF, Rel. Min. Carlos Velloso.

²⁰⁷ PIÇARRA, Nuno. *A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 259-260 – grifou-se.

constitucional fundante da tripartição de poderes, simplesmente porque *não se reconhece ao Legislativo e ao Executivo imunidade na condução dos destinos da nação*. Ademais, no tocante ao núcleo deste trabalho, verifica-se que *uma coisa é criar direito novo judicialmente e outra coisa é fazer cumprir uma sentença que reconheceu uma anterior violação a direitos por ato estatal*. Não se consegue vislumbrar como “criação judicial” o ato de, simplesmente, cumprir o que já foi estatuído, ainda que de forma diferente, pois a garantia de efetividade da jurisdição não pode ser amesquinhada pela ausência de um procedimento eficaz para combater a mora do poder público.

Por isso, se defende, que, passado o prazo constitucional para sua liquidação, inadimplido o precatório, é necessário que o Judiciário tome alguma medida, entre elas, especialmente, a penhora. Obviamente, a defesa de tal constrição, poderia levar a que se levantasse o seguinte questionamento, como anteviu Dworkin:²⁰⁸ sendo os direitos não mais previamente catalogados na lei, mas sim, “criados” pelo juiz, e sendo regra hermenêutica que as exceções devem ser interpretadas restritivamente,²⁰⁹ *o juiz, ao relativizar regras do precatório, estaria “criando direito”, ou seja, legislando,*²¹⁰ o que feriria de morte as garantias da reserva legal, da separação de poderes e da segurança jurídica. Isto porque, ao legislar, o juiz o faz sobre *ato pretérito*, o que se constitui em bradante injustiça: criar-se lei nova para aplicação em situação pretérita.²¹¹ Mas não é isso que acontece.

Embora o juiz crie o direito enquanto julga, ao fazê-lo “os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; *não devem criar um novo direito*”,²¹² ou seja, a cada julgamento, os juízes, tribunais e mesmo os partícipes da decisão, como as partes, os advogados e promotores, e aos que legalmente é permitido participar opinativamente da causa (*amicus curiae*), colaboram para o aperfeiçoamento do direito, enquanto *instituição* ou

²⁰⁸ O item “B” do capítulo sobre “casos difíceis” do texto sob análise (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 132-135) é reservado a discutir se a aplicação de princípios jurídicos cria direito novo e quais as objeções que são apresentadas a este tipo de aplicação direito.

²⁰⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 225.

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 128.

²¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1999, p. 74.

²¹² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 128.

superestrutura social. É neste sentido que se admite a *criação judicial do direito*.²¹³ No entanto, *a criação de direitos subjetivos*, ou seja, de regras consensuais da sociedade que garante a fruição de certas posições jurídicas, *não é permitida ao Poder Judiciário*.²¹⁴

A proposta deste estudo é buscar meios para concretizar o comando judicial, desrespeitado pelo Executivo, utilizando regras de coerção já previstas em nosso ordenamento.

A novidade, conclui Dworkin,²¹⁵ é que se têm admitido a fruição de direitos garantidos implicitamente, por conta da “força normativa” dos princípios (encontrados na legislação, na Constituição etc.), ou ainda, de direitos previstos na Constituição, mas sobre os quais o Parlamento ainda não tenha deliberado ou o tenha de maneira equivocada, irrazoável ou desproporcional (segundo cânones da *própria* Constituição).

De qualquer forma, a criação, no sentido de gênese de direitos subjetivos, parece assente (CF/88, art. 2º e 5º, inc. II) que se trata de prerrogativa exclusiva do Poder Legislativo.

É o que se defende neste texto. A aplicação das regras *já previstas na legislação* (as regras que garantem a propriedade, a efetividade do processo e as que refreiam o abuso de direito, a má-fé estatal, o enriquecimento sem causa) para mitigar a rigidez do precatório não adimplido, indevidamente tratado no ordenamento jurídico pátrio, mormente em alguns casos que se tornam mais evidentes quando em confronto com a legislação de outros países.

4.3.1 Ativismo, “Self-Restraint” e Execução contra a Fazenda Pública

Na teoria constitucional de *checks and balances*²¹⁶ caberia ao Poder Judiciário somente poder de censura das decisões tomadas pelo Executivo e Legislativo, não tendo

²¹³ “Efetivamente, eles [os juízes] são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1999, p. 74)

²¹⁴ HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. Tradução de Ernildo Stein. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 52.

²¹⁵ “Mas suponhamos, por outro lado, que um juiz justifica com êxito em um caso difícil... não em bases políticas, mas sim, em bases de princípios... Os dois argumentos há pouco descritos [criação de lei e aplicação retroativa dela] não chegam constituir uma objeção à decisão.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 134)

²¹⁶ Os créditos da criação desta teoria são devotados à Suprema Corte americana que, no famoso caso *Marbury vs. Madison*, iniciou o *judicial review*. Neste sentido, cf.: “*Marbury v. Madison* represents the first authoritative American use of judicial review. There the Supreme Court, in a unanimous opinion by Chief Justice John Marshall, struck down a federal statutory provision as being repugnant to the Constitution.” (CATALDO,

respaldo para impor a realização de uma política pública – especialmente se estas políticas públicas implicarem em alocação de recursos.

Dois panoramas se abrem nesta senda, sendo complementares no entendimento: o (i) ativismo judicial e (ii) o estabelecimento de políticas públicas, via judicialização das decisões políticas. Neste sentido, explica Eugênio Rosa de Araújo, “... o ativismo judiciário pode ser descrito como uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões – *prima facie* – de competência de outras instituições, ao passo que a judicialização da política, sendo mais ampla e estrutural, cuidaria de macrocondições jurídicas, políticas e institucionais que turbariam a transparência decisória no eixo da separação dos poderes.”²¹⁷

Já para Elival da Silva Ramos

“Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delineadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim, da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.”²¹⁸

Mas esta é uma visão já ultrapassada – ou melhor – adequada à países que já resolveram seus problemas de garantia contra as violências. No Brasil, o cidadão que não financia campanhas políticas e não é “fidalgo” e, portanto, não tem acesso aos préstimos estatais que os poderosos conseguem. A única saída, para os que não têm voz diretamente nos órgãos de governo, é buscar no Judiciário um mecanismo de colocar sua pauta de reivindicações ante ao Executivo e Legislativo (com o complementar embaraço de que seus pleitos possuem – via de regra – amparo na Constituição que, simplesmente, não “constitui a ação” dos agentes políticos), como pondera Lenio Streck.²¹⁹

Há de se considerar, ainda, que (i) somos um país de modernidade tardia, cuja implantação dos meios mínimos de um convívio social justo (via implementação de políticas

Bernard F. KEMPIN Jr., Frederick G. STOCKTON, John M. WEBER, Charles M. *Introduction to Law and the Legal Process*. 3rd ed. New York: John Wiley & Sons, 1980, p. 115)

²¹⁷ ARAÚJO, Eugênio Rosa. *Economia & Justiça: ativismo judicial na política monetária*. Niterói: Ímpetus, 2012, p. 251.

²¹⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 251.

²¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 95.

de desenvolvimento social) não é, via de regra, voluntariamente observada, malgrado as promessas do texto constitucional (daí o cinismo da doutrina das “normas de eficácia contida”, mero instrumento de manutenção do *status quo*).

O processo de execução, essencialmente, transformador, só tem sentido se for dotado de instrumentos de coerção e subrogação suficientes para dobrar a mora do vencido. O Judiciário não pode ser passivo na hora de fazer valer os direitos reconhecidos em sentença. Não há ativismo em cumprir o que foi decidido no processo, com a garantia de participação plena do ente público. Assim pensa Leonardo David Quintiliano: “*O problema, como se vê, não é a falta de ativismo, mas de efetiva atuação judicial.*”²²⁰

Logo, a discussão sobre a implementação fática das promessas já realizadas na Constituição refoge ao âmbito da discricção jurisdicional, especialmente em se tratando de *direitos já proclamados*. Como o STF já decidiu:

“Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de Políticas Públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).”²²¹

Por isso, não se deixa de reconhecer que pode sim haver “ativismo judicial” efetivamente desvirtuador da tripartição sadia de poderes, ou seja, exercício do poder judicante fora dos parâmetros de normalidade. Exatamente em razão desta possibilidade de abuso, exige-se das Cortes contenção (*self-restraint*), na exata lição de Ronald Dworkin:

“[...] os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, *excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível*, ou,

²²⁰ QUINTILIANO, Leonardo David. “Políticas Públicas e Endividamento: como os precatórios financiam os entes federativos.” *Observatório da Jurisdição Constitucional* 2/39 – grifou-se.

²²¹ STF, decisão monocrática, MC-ADPF 45, rel. Min. Celso de Mello, j. em 29/04/2004.

talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.”²²²

A interpretação dada por municípios e estados membros de, simplesmente, não pagar os precatórios é moral, política e constitucionalmente inaceitável! Neste sentido, quando os órgãos competentes descumprem sistematicamente seus encargos e deveres, caberá ao Poder Judiciário corrigir os rumos da política estipulada de forma clara na Constituição.

Especialmente quando a ação ou omissão política violam ou negam direitos derivados de cláusulas e garantias fundamentais, ainda que derivadas daquelas que a doutrina e/ou a jurisprudência chama de “normas de eficácia contida”, pois os direitos sob esta chancela concedidos “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”²²³

Evidentemente, impor obrigações inexequíveis não se compadece com a dignidade jurisdicional e nem pode o Judiciário ser considerado o milagreiro que, com sua pena mágica, resolverá todos os problemas dos direitos não garantidos pelo Estado – especialmente ante a ausência de recursos.

“Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos

²²² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 215.

²²³ “[...] A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. [...]” (STF, 2ª T., v.u., AgR em RE 393.175/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. em 12/12/2006)

prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.”²²⁴

A doutrina começa lentamente a debruçar-se sobre as influências econômicas do direito, em especial quando se analisa as obrigações estatais em “prestações positivas” e a possibilidade de o Poder Judiciário – sem a legitimidade do voto – estabelecer parâmetros para alocação de recursos estatais, que sempre são escassos diante de necessidades inesgotáveis.

Entretanto, há um consenso que a negligência do Executivo e do Legislativo em tutelar direitos já reconhecidos é inconstitucional, como alertam Cass Sustein e Stephen Holmes:

“Some constitutional rights depend for their existence on positive acts by state, *and the government is therefore under a constitutional duty to perform, not to forbear* (...) Under the First Amendment’s protection of freedom of speech, *states must keep streets and parks open for expressive activity, even though is it expensive to do this*, and to do it requires an affirmative act. Under the protection against ‘takings’ of private property without just compensation, the government is probably under an obligation to create trespass law and to make it available to property owners, and a partial or complete repeal of the law of trespass – a failure to act, in other words, to protect private property – would likely be unconstitutional.”²²⁵

Evidentemente, é até natural uma limitação aos direitos individuais em prol da manutenção dos serviços à coletividade, na observação de que estes direitos têm custos e não nascem em árvores, na expressão de Flavio Galdino.²²⁶

Entretanto, a proposta que se faz é a de penhorar bens que os Entes não usam ou subutilizam. Nesta senda, pouco ou nada do orçamento público seria desviado de suas finalidades precípuas – sendo que a proposta se coaduna com os sérios problemas em jogo.

²²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246.

²²⁵ HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?* New York: Norton & Company, 2000, p. 52-53. Grifos no original.

²²⁶ O custo dos direitos para a sociedade também podem servir de elemento de ponderação para uma restrição de um direito individual que coloca em risco o da coletividade. Neste sentido: “... tomando-se em consideração os custos [dos direitos] – também os direitos individuais *podem* ser sacrificados em detrimento dos sociais.” (GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 230)

4.3.3 Teoria Possibilista do Direito

O catálogo de Direitos previsto na Constituição dirige a ação política, especialmente em busca do combate adequado das “três violências – física, política e social”,²²⁷ que mais impedem que uma nação tenha como qualificadora os adjetivos “estado democrático de direito social.”

E isso coloca o operador do Direito em face de uma nova postura, responsável, comprometida, mas livre das amarras do positivismo e outras abordagens jurídicas (formalismo, neutralidade), que visam a legitimar o abuso do poder. Tal postura se funda na *nova hermenêutica constitucional* perfilhada por nomes como Ronald Dworkin,²²⁸ Willis Santiago Guerra Filho,²²⁹ Gilmar Ferreira Mendes.²³⁰

Gustavo Zagrebelsky condensa alguma dessas ideias na seguinte passagem:

“La problemática coexistencia entre los distintos aspectos que constituyen el derecho (derecho, justicia, ley) y la adecuación entre casos y reglas son cuestiones que exigen una particular actitud espiritual por parte de quien opera jurídicamente. A esta actitud, que guarda una estrecha relación con el carácter práctico del derecho, se le denomina ‘razonabilidad’ y alude a la necesidad de un espíritu de ‘adaptación’ de alguien respecto a algo o a algún otro, con el fin de evitar conflictos mediante la opción de soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado que la circunstancias permitan.”²³¹

Peter Häberle alerta que a legitimidade das conclusões exige ponderação de meios, fins e possibilidades, pois “a integração, pelo menos indireta, da ‘res publica’ na interpretação constitucional em geral é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo da tensão do possível, do real e do necessário.”²³²

A teoria constitucional dos direitos fundamentais – exatamente porque projeta um novo momento da humanidade, que é o de *direito a ter direitos* – vê o direito como um

²²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 95.

²²⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 215.

²²⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Introdução a uma Teoria Possibilista do Direito (como Teoria Filosófica Fundamental de Base Fenomenológica): proposta de investigação.” In: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/161106y.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2007.

²³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. “A Constituição e o ‘Pensamento do Possível’: um Estudo de Caso (Embargos Infringentes na ADIn 1.289-4).” *Revista do Advogado* 73/74.

²³¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 16 – Grifei.

²³² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1997, p. 33.

sistema aberto, a exigir do operador do direito a busca por soluções que *possibilitem ao máximo* a fruição daquilo que o texto constitucional garante – ainda que o ordenamento vede as soluções jurídicas ortodoxas.

É necessário encontrar no sistema, dentro daquilo que seja *possível* – a melhor interpretação para a garantia, manutenção e validade dos direitos fundamentais em jogo – no caso o direito do credor em receber – ainda que parcialmente – seu crédito. E isso se faz com apoio na teoria dos direitos fundamentais.

4.4 A Cláusula Geral de Injunção na Constituição Federal de 1988

Por fim, é de se observar que a propriedade – como direito fundamental – está *petreamente* garantida na constituição federal (CF, art. 60, § 4º, inc. IV). Assim, a propriedade assume um dos caracteres dos direitos fundamentais, como aquele de *protetor de institutos jurídicos*.

Neste papel, sua condição de direito fundamental obriga o legislador a conformá-lo e concretizá-lo, fazendo nascer para o titular desta garantia *a pretensão à lei regulamentadora* (injunção) e, igualmente, a pretensão *à correção da lei que desproporcionalmente o restrinja*, como assevera Gilmar Ferreira Mendes.²³³

Esta *fundamentalidade* de sua proteção, *se reflete em sua organização infra constitucional* – fator de enorme importância para este estudo, para não dizer que *se trata mesmo do fator sobre o qual se apoiam todas as suas ideias* – na medida em que a inadequação das regras do precatório, quando há abuso, *constituem conduta estatal absoluta e flagrantemente inconstitucional, pois restringe e aniquila muito além do necessário o direito de propriedade do credor, quando com menor intensidade restritiva poder-se-ia garantir o núcleo das ações de governo dos entes públicos devedores*.

Exageros à parte, é necessário não se perder de vista que se o processo de execução, na modalidade por quantia certa, visa a expropriar bens do devedor para satisfazer o credor, o faz *para proteger direitos fundamentais deste*. É por isso que o credor assume um papel de

²³³ “Nesses casos, a atuação do legislador revela-se indispensável para a própria concretização do direito. Pode-se ter aqui um autêntico *dever de legislar* (Verfassungsauftrag), que obriga o legislador a expedir atos normativos ‘conformadores’ e concretizadores de alguns direitos.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4)

protagonista deste procedimento.²³⁴ É isso que fundamenta o princípio do *favor creditoris* materializado no art. 612 do CPC (*realiza-se a execução no interesse do credor*).

É no processo de execução que *o direito fundamental de propriedade do credor é garantido em face de investidas feitas pelo devedor*, quando do descumprimento da obrigação.

4.5 Da sindicabilidade do orçamento público: da necessária imposição, pelo Poder Judiciário, do respeito às ordens judiciais

Um dos *standarts* argumentativos no assunto políticas públicas, é que estas, para se efetivarem, dependem de alto investimento financeiro do Estado, e que este investimento só pode passar por deliberações do Executivo e do Legislativo. Em suma, o orçamento seria insindicável, impassível de controle judicial, por ser “blindado” pela *political question doctrine* (doutrina das questões políticas), ou seja, estar em um “ambiente em que se localizam assuntos impenetráveis pela mão revisora do Judiciário.”²³⁵

Neste sentido:

“RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. INCIDENTE DE EXECUÇÃO. PRECATÓRIO. JURISPRUDÊNCIA. IDOSOS.

1. Não é cabível reclamação para discutir incidente de execução e não pagamento de precatório.
2. As decisões do Plenário, ainda que não unânimes, constituem jurisprudência da Corte a ser adotada nas demais decisões que se seguirem.
3. Atendimento prioritário aos idosos. Problema a ser resolvido pelo legislador e pelos que detêm o controle do orçamento.”²³⁶

Apenas para subsidiar as discussões deste tópico, evidentemente não se esta a defender aqui a atuação do Poder Judiciário como “legislador positivo”²³⁷, substituindo a

²³⁴ “A execução visa a satisfação efectiva da prestação exequenda, pelo que não pode admirar que, para atingir essa finalidade, a lei conceda uma especial importância à posição do exequente e dos outros credores que venham a intervir na execução.” (SOUZA, Miguel Teixeira de. *Acção Executiva Singular*. Lisboa: LEX, 1998, p. 640)

²³⁵ SOUZA Jr. Antonio Umbelino. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 66.

²³⁶ STF, 1ª T., AgR Rcl 2396, Relª. Minª. Ellen Gracie, j. em 24/11/2004.

²³⁷ “O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI FORMAL TRADUZ LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO. A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de carácter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da

figura do Executivo e do Legislativo na feitura da peça orçamentária – atribuição exclusiva daqueles poderes (titulares da “bolsa” e da “espada” , na expressão do *Founding Father* Alexander Hamilton), *verbis*:

“Quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, o Poder Judiciário, pela mesma natureza da suas funções, é o mesmo temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de ataca-la. O poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa.”²³⁸

Em relação aos precatórios, caso obedeçam-se as regras do direito financeiro, absolutamente desnecessário qualquer ingerência do Judiciário na peça orçamentária, pois o § 5º do art. 100 da CF/88 é de uma clareza solar: “*É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.*”

Entretanto, se a peça orçamentária *não for respeitada* (os precatórios, naturalmente, devem ser *contemplados* na lei orçamentária, sob pena de ofensa expressa à Constituição), a atuação Poder Judiciário de ordenar o cumprimento do que foi previsto²³⁹ não pode ser tachada de ofensiva à tripartição de Poderes, como observa Maria Paula Dallari Bucci:

“A medida que se amplia o alcance da Constituição, também se juridificam, crescentemente, as esferas de atuação política não disciplinada direta ou exclusivamente por ela. O paradigma jurídico do pós-guerra, centrado nas

reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 - RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/765 - RTJ 161/739-740 - RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.” (STF, 2ª T., v.u., AgReg em RE 322.348, rel. Min. Celso de Mello, j. em 12/11/2002)

²³⁸ HAMILTON, Alexander. “Da Inamovibilidade do Poder Judiciário.” In: HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *O Federalista*. São Paulo: Abril Cultural (Série “Os Pensadores”), 1973, vol. XXIX, p. 167-168.

²³⁹ Infelizmente, até recentemente, era comum encontrar decisões contra Administrações Públicas que, simplesmente, sequer lançavam em seus orçamentos os precatórios judiciais, (no caso em tela trata-se do governo do Distrito Federal o órgão executado), como se vê neste precedente do TST: “RECURSO ORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PRECATÓRIO. JUROS DE MORA. INCLUSÃO NO ORÇAMENTO. Hipótese em que o Tribunal Regional consignou que o devedor, por aproximadamente dez anos, não adotou nenhuma providência para pagamento do débito, aí compreendida a necessária inclusão no orçamento. (...) Hipótese em que se constata o descumprimento, pelo Executado, da regra constante do artigo 100, § 1º, da Constituição Federal.” (TST, Órgão Especial, v.u., AgReg em RO 1485.1989.006-10-00.4, rel. Min. Emmanoel Pereira, j. em 05/06/2008)

Constituições garantistas, com sua ‘força normativa’ assegurada pela multiplicação dos instrumentos de controle judicial, modifica o papel do jurídico específico dos governos. Consagram-se os direitos e também as garantias, o que faz deles bens exigíveis. Isso tudo constitui limitação da política. E impõe custo político aos governantes que cogitem diminuição da fruição de qualquer desses direitos. Com isso, categorias como a dos *atos de governo* perdem o sentido original de imunidade ao controle jurídico ou insindicabilidade judicial, para serem permeadas pelo direito, sob determinadas condições. Não apenas se supera a ideia de imunidade dos atos de governo e controle judicial, mas também se amplia significativamente o controle .”²⁴⁰

A combinação do disposto no art. 100, *caput*, da CF/88 e do art. 67 da Lei 4.320/64, determina, de maneira cogente, que o precatório conste na peça orçamentária como “despesa” e a mesma Lei, em seu art. 58, diz que “o *empenho de despesa* é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado *obrigação de pagamento*.” Somada a esta primeira regra, pode-se combinar a do § 5º do mesmo art. 100 da CF/88, que determina o pagamento do precatório até o limite máximo do término do período do orçamento em vigor no ano seguinte ao da sua inclusão, temos uma única conclusão: a de que o precatório, como parte da peça orçamentária, tem que ser quitado no prazo e nas formas descritas, sem chance de tergiversação. *Somente se houvesse frustração de arrecadação poderia o Executivo contingenciar o pagamento de precatórios:*

“Também conhecido como *limitação de empenho*, constitui o contingenciamento mecanismo de flexibilidade orçamentária que permite ao Executivo deixar de realizar certas despesas em virtude da *ausência de recursos voltados à sua consecução*, decorrentes essencialmente de *arrecadação de receitas em montante inferior àquele previsto em lei orçamentária anual*. (...) *Algumas despesas não são passíveis de limitação, tal como excepcionado pelo art. 2º do art. 9º da LRF, que afasta de sua incidência despesas que constituam obrigações constitucionais, ou legais do ente...*”²⁴¹

Para arrematar, a Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2012, que vige em 2013, estabelece, em seu “Anexo V”, uma lista com mais de sessenta itens da peça orçamentária que *não admitem contingenciamento, mesmo no caso de frustração de receitas* e, pasmem!, no item n. 28 lê-se claramente: “*sentenças judiciais, inclusive as consideradas de pequeno valor e débitos periódicos vincendos*.” A LDO do estado de São Paulo (Lei Paulista 15.109/2013) não tem regra semelhante a esta do anexo V da LDO Federal, porém, prevê em seu art. 26 que a impossibilidade de “limitação de empenho” das obrigações legais e constitucionais:

²⁴⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97.

²⁴¹ DALLAVERDE, Alexsandra Katia. *As Relações entre os Poderes na Gestão das Finanças Públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013, p. 135-136.

“observado o disposto no artigo 9º da Lei Complementar Federal nº 101, de 4 de maio de 2000, *caso seja necessário proceder à limitação de empenho e movimentação financeira, para cumprimento das metas de resultado primário ou nominal*, estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais desta lei, o percentual de redução deverá incidir sobre o total de atividades e sobre o de projetos, separadamente, calculado de forma proporcional à participação de cada Poder, do Ministério Público e da Defensoria Pública, *excluídas as despesas que constituem obrigações constitucionais ou legais* [e aqui, entende-se, estão previstos os precatórios], *inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida.*”

No entanto, ano após ano o Executivo contingencia as verbas dos precatórios, sem nenhuma notícia de queda de arrecadação: é fato notório que, nos últimos anos, a arrecadação bate recorde atrás de recorde.²⁴² É impossível compreender como Ministério Público e Poder Judiciário quedam-se inerte diante do flagrante desrespeito à lei por parte de governantes, ainda mais grave no caso de estados e municípios ricos, São Paulo.

Como doutrina Sérgio Assoni Filho, o administrador público que não segue o orçamento, praticando – por exemplo – o ato de contingenciar verbas previstas no orçamento, quando não há queda de receita ou outra intercorrência econômica extraordinária, configura flagrante *desvio de poder* a evidenciar “práticas corruptas no seio do Estado-Administração.”²⁴³

Desvio de poder que se materializa no *desvio de finalidade do ato praticado pelo administrador* é conceito definido por lei, e cuja sanção mais imediata é a nulidade do ato. Preceitua a Lei da Ação Popular (Lei 7.417/65), *verbis*:

Art. 2º “São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

(...)

e) desvio de finalidade.

²⁴² “Para quem gosta de reclamar da carga tributária brasileira, essa notícia cai como uma luva. Na última década, entre 2001 e 2010, a arrecadação cresceu 264,49%, enquanto a inflação medida pelo IPCA variou 89,81%, segundo o Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT). Com isso, o valor dos impostos pagos pelos brasileiros cresceu 92,03% acima da inflação. No período, o PIB teve alta de 212,32%. Segundo levantamento do instituto, a maior variação na carga tributária ocorreu em 2002 (20,25%), último ano de governo de Fernando Henrique Cardoso, seguido de 2010 (17,80%) e de 2004 (17,56%). O ano de 2009 foi o que apresentou a menor variação (3,72%). A média anual de flutuação foi de 13,89% na última década. Durante estes 120 meses, somente em cinco meses a variação registrada foi negativa (fevereiro, junho, julho, agosto e setembro de 2009). Não é para qualquer bolso, não é mesmo? As informações foram levantadas pelo IBPT a partir do Índice de Variação da Arrecadação Tributária (IVAT), que mede os tributos recolhidos pela União, estados e municípios desde janeiro de 2001, lançado nesta terça-feira (15/02). Para o segundo semestre, o instituto promete a divulgação do Índice de Variação do Gasto Público (IVGP).” (CAMPOS, Elisa. “Carga tributária cresce mais do que PIB na década.” *Época Negócios* DE 17/01/2011)

²⁴³ ASSONI FILHO, Sérgio. “A Lei de Responsabilidade Fiscal e a Coibição de Desvio de Poder na Execução Orçamentária.” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 100/650. São Paulo: Universidade de São Paulo / Faculdade de Direito, jan./dez. 2005.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

(...)

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente *pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.*” (grifou-se)

O ato administrativo de contingenciamento de verbas é *vinculado* e não *discricionário*, embora o Ministério Público, os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário assim não pensem. E, ao cancelar o contingenciamento de verbas, estes agentes de controle dos atos estatais acabam por dar guarida a grave infração, pois a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), reza, o seguinte, sobre execução do orçamento:

Art. 8º Até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o disposto na alínea c do inciso I do art. 4º, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso.

Parágrafo único. Os *recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação*, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.

E, complementando a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei 10.028/2000 classifica como infração administrativa o ato do governante que não dá execução rubrica obrigatória do orçamento, *verbis*:

“Art. 5º Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas:

(...)

III – deixar de expedir ato *determinando ... movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei.*

§ 1º A infração prevista neste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de *sua responsabilidade pessoal.*

§ 2º A infração a que se refere este artigo será processada e julgada pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida.” (grifos nossos)

Reconhece-se, porém, que muito timidamente alguns Tribunais de Contas têm entendido que a ausência de pagamento de precatórios escriturados no orçamento constitui a infração prevista no art. 5º da Lei 10.028/2000, como se vê em precedente do TC do estado do Paraná.²⁴⁴

²⁴⁴ Tribunal de Contas do estado do Paraná, 2ª Câmara, v.u., Prestação de Contas do município de Mandirituba, proc. 152.108/08, rel. Conselheiro Nestor Baptista, j. em 18/01/2012, disponível em <<https://www.tce.pr.gov.br/publicacao.aspx?P=588123>

No entanto, o guardião-mor da nossa ordem jurídica não vê como ilegal o ato de contingenciamento das verbas neste caso. Além disso, curiosamente, o mesmo STF que *nega a possibilidade de intervenção federal* e, também, *sindicar o orçamento público, sobretudo quando se alega ausência de recursos financeiros*, como se lê em precedente (cujo voto vencido do Min. Marco Aurélio é *preciosa manifestação de indignação contra a inefetividade das decisões judiciais*²⁴⁵), possui *draconiana* jurisprudência quando se trata de *contingenciamento de numerário para custeio do Poder Judiciário*, em julgamentos nos quais se colhem frases que *jamais se viu em decisões daquela Corte para proteção do cidadão credor*.

No mais recente precedente sobre contenção de recursos do Poder Judiciário, realizada pelo governo do estado do Rio Grande do Norte, tendo em vista que a arrecadação do ente não atingiu as previsões orçamentárias,²⁴⁶ colhem-se as seguintes ideias que, *data venia*, também poderiam ser utilizadas pela Corte em face de precatórios previstos no orçamento e inadimplidos.

Eis as frases do *decisum*, todas com menção a precedentes daquela Corte:

1: *Não preponderam as justificativas de queda na arrecadação. O repasse de verbas ao Judiciário não está sujeita a programação financeira ou a fluxo de arrecadação.*

“Por outro lado, *não preponderam* sobre o imperativo constitucional ora em exame, pelo menos neste juízo de delibação, *as justificativas* trazidas nas informações prestadas pela Chefe do Executivo norte-rio-grandense *relativas ao invocado desequilíbrio financeiro do Estado, agravado, segundo consta, pela queda na arrecadação*. É que a jurisprudência desta Casa já teve oportunidade de assentar que a garantia de independência administrativa e financeira do Poder Judiciário, concretizada pelo repasse duodecimal imposto pelo art. 168 da Constituição Federal, ‘*não está sujeita à programação financeira e ao fluxo de arrecadação*’, configurando-se, ademais, ‘*uma ordem de distribuição prioritária (não somente equitativa) de satisfação das dotações orçamentárias, consignadas ao Poder Judiciário*’ (MS 21.450/MT, Rel. Min. Octavio Gallotti – grifei).”

2: *Dificuldades de caixa não justificam a colocação, em plano secundário, do dispositivo constitucional*

“O Ministro Marco Aurélio, também nessa linha, ao proferir seu voto no julgamento plenário da AO 311/AL, de que S. Exa. foi o Relator, consignou que ‘*dificuldades de caixa não justificam a colocação, em plano secundário, do dispositivo constitucional*’. Eis a ementa desse precedente:

²⁴⁵ STF, Pleno, m.v., AgReg em Rcl 1.592, rel. Min. Nelson Jobim, j. em 02/08/2001.

²⁴⁶ STF, decisão monocrática, Medida Cautelar em MS 31.671/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20/11/2012.

‘ORÇAMENTO - JUDICIÁRIO - DUODÉCIMOS. Cumpre ao Poder Executivo proceder ao repasse, até o dia 20, do duodécimo relativo ao orçamento do Poder Judiciário. Razões ligadas quer à situação de equilíbrio das finanças do Estado, quer à arrecadação não justificam a postergação da estrita observância ao mandamento constitucional - artigo 168 da Carta Federal de 1988. Precedentes: mandados de segurança n.ºs 21.450 e 21.291, relatados perante o Plenário pelos Ministros Octavio Gallotti e Celso de Mello, com acórdãos publicados no Diário da Justiça de 5 de junho de 1992 e 20 de outubro de 1995, respectivamente’ (grifos nossos).”

3: *O Poder Executivo não é gestor dos recursos destinados orçamentariamente aos tribunais.*

“Conforme asseverou o Ministro Celso de Mello no voto que proferiu no julgamento plenário do referido MS 21.450/MT, “*o Poder Executivo (...) não é, a toda evidência, o gestor dos recursos orçamentários destinados aos Tribunais, qualquer que seja a esfera de governo – federal ou estadual – em que se situe*”.

Seria o início de um movimento em busca da concretização dos direitos fundamentais dos credores o uso de uma destas três frases, *mesmo* STF, quando o assunto fosse pagamento de precatórios atrasados. Porém, trata-se de quimera esperar algo neste sentido.

Frise-se que após a Emenda Constitucional 62/09, os recursos destinados orçamentariamente ao pagamento dos precatórios são de gestão exclusiva do presidente do tribunal estadual, no tocante aos precatórios em que o devedor é o estado ou seus órgãos, e do presidente dos tribunais federais de onde emanou a condenação, quando o entre executado seja a União ou a administração federal descentralizada.²⁴⁷

Desde 2009, o contingenciamento das verbas destacadas no orçamento para o pagamento de precatórios só poderia ocorrer no caso de frustração de receita, além do numerário empenhado, ser, por coerência, repassado peremptoriamente aos respectivos presidentes, sob pena de sequestro imediato, à luz do que dispôs o Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança 31.671 e nos inúmeros precedentes ali mencionados.

Infelizmente, porém, o STF não tem a mesma interpretação do texto constitucional quando o credor é o particular e não o Poder Judiciário. Perceba-se que, no precedente mencionado acima (MS 31.671/DF), a situação é muito mais grave, pois a queda de arrecadação é *incontroversa*. O próprio impetrante (presidente do tribunal do Rio Grande do

²⁴⁷ CF/88, art. 100, § 6º: As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva.

Norte) é sabedor de que frustraram-se as verbas que esperava-se arrecadar. Mas, neste caso, o STF não mostra *nenhuma preocupação* com este fato: a “ausência de verbas” é irrelevante para a Corte, bem como é irrelevante quais setores dependentes de recurso público serão afetados pela decisão, coragem que sempre faltou ao Tribunal quando o assunto é precatório. Aqui, diferente do que em outras searas, não se fala em “pensamento do possível”. Fala-se, apenas, em cumprimento da CF/88, à moda *dura lex, sed lex*.

A rigor, não seria necessário “sindicar” o orçamento para que o problema dos precatórios fosse resolvido. Apenas determinar o estrito cumprimento das previsões e dotações orçamentárias.

Caso o Poder Público alegue a impossibilidade financeira, aí sim, o Poder Judiciário, caso tenha a intenção de fazer valer suas decisões, deveria sim se imiscuir na seara orçamentário, à luz do que dispõe o art. 43, § 1º, III da Lei nº 4.320/64, que permite a anulação de dotações orçamentárias e sua realocação. Se o Poder Judiciário entender que o Executivo exacerbou verbas para rubrica não essencial pode estabelecer um controle ético sobre o orçamento, determinando a anulação (total e/ou parcial) e o investimento na área carente, como se verá, a seguir, na doutrina de Régis de Oliveira:

“Evidente que não se inclui na órbita da competência do Poder Judiciário a estipulação nem a fixação de políticas públicas. No entanto, não se pode omitir quando o governo deixa de cumprir a determinação constitucional na forma fixada. A omissão do governo atenta contra os direitos fundamentais e, em tal caso, cabe a interferência do Judiciário, não para ditar política pública, mas para preservar e garantir os direitos constitucionais lesados.”²⁴⁸

E da jurisprudência colhe-se tais precedentes:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.
2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.
3. Tutela específica para que seja *incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas*.
4. Recurso especial provido.”²⁴⁹

Estipulando, abertamente, realocação de dotações orçamentárias:

²⁴⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006, p. 405.

²⁴⁹ STJ, 2ª T., V.U., REsp 493.811/SP, Relª. Minª. Eliana Calmon, j. em 11/11/2003.

“A questão da relocação, creio, é a mais polêmica, pois implica na *avaliação ética da destinação de verbas públicas*. Senão vejamos: o orçamento é um instrumento legal de destinação do numerário estatal. Apresentado pelo Executivo, é devidamente aprovado pelo Legislativo como requisito de validade para sua execução.

Não afasto, portanto, a legitimidade democrática do orçamento.

Não obstante, também não posso deixar de considerar que tal instrumento tem legitimado uma tendência contemporânea de muitos governos: a publicidade. Não me refiro à publicidade prevista no art. 37, § 1º da CR/88. Muito ao revés, tal publicidade viabiliza políticas sociais, como campanhas de vacinação, controles endêmicos e informações sanitárias. Refiro-me, entretanto, à —publicidade institucional, ou seja, aquela através da qual o Executivo faz ‘propaganda’ de suas realizações, sob um manto de caráter informativo.

Nosso País é pobre. Estou convencido de que não se deve, portanto, gastar verbas públicas com propósitos publicitários enquanto houver déficit no setor de saúde.

Assim, com base nestas ponderações e lastreado no art. 5º, XXXV da CR/88, não me furto a analisar a real legitimidade da destinação orçamentária dos recursos públicos, sempre que identificar gastos com —publicidade institucional.

(...)

Determinando o gasto com a internação em tela, tenho ciência de que gerarei um desequilíbrio nas contas do SUS. Não posso adotar, portanto, uma solução que, na prática, gere problemas difusos. Solucionar um caso não pode gerar a criação de um prejuízo a outra pessoa, principalmente no setor de saúde. Assim, devo indicar a fonte de custeio para o custo com a internação em hospital particular, de tal forma que todos os demais programas do SUS permaneçam inalterados.

Ocorre que, para indicar a fonte de custeio, devo analisar a flexibilização do princípio da Separação dos Poderes (art. 2º da CR/88), em especial sob a ótica da discricionariedade orçamentária. O Executivo detém o poder de, após autorização do Legislativo, executar o orçamento, indicando, de forma específica, como os diversos programas de trabalho serão materializados. E os recursos públicos são parcos. Não obstante, os medicamentos devem ser adquiridos e o equilíbrio das contas do SUS, mantido. Assim, a liberdade na escolha da destinação das verbas públicas, dentro de seus programas de trabalho, será momentaneamente limitada. Mas tal limitação será mínima e prudente.

Assim, o Poder Executivo deverá indicar a fonte de custeio para o gasto com a internação da autora em hospital particular pela falta de vaga em hospital público, adotando a providência orçamentária que entender mais adequada dentro da sistemática da Lei nº 4.320/64. Não deverão, entretanto, ser afetadas as dotações já destinadas à saúde, segurança, educação e fiscalização. Subsidiariamente, caso a indicação não seja efetivada pelo Executivo, elejo, como fonte de custeio para suprir os gastos da liminar, as verbas destinadas à publicidade institucional, assim entendidas aquelas verbas destinadas à propaganda de realizações estatais, excluídas as destinadas à informação social, nos termos do art. 37, § 1º da CR/88.

Assim, para materializar o gasto em tela, o Poder Executivo deverá re-ratificar o programa de trabalho destinado ao pagamento de UTI em hospitais particulares, através de créditos adicionais suplementares ou, se não houver, créditos especiais. Para tanto, deverão ser utilizados recursos financeiros remanejados através de anulação de dotações dirigidas a verbas destinadas à publicidade, independentemente da origem dos recursos correspondentes. Fundamento tal procedimento no art. 41 c/c art. 43, § 1º, III da Lei nº 4.320/64.

*Caso, entretanto, o Executivo não escolha a fonte de custeio e não remaneje os gastos com publicidade, desde já determino o bloqueio do pagamento de todo e qualquer gasto com publicidade institucional.*²⁵⁰

Quebradas as restrições históricas e ideológicas que manietavam o *judicial review* do orçamento, consolida-se na doutrina e na jurisprudência posicionamento que permite ao Judiciário impor sua agendas não só no momento de cumprimento da peça orçamentária, como também na própria feitura do documento, como se lê na doutrina de Régis de Oliveira, *verbis*:

“Caberia o apelo ao Judiciário, já em momento de tramitação legislativa da proposta orçamentária? Entendemos que sim, dependendo da situação concreta específica. Evidente está que não cabe ao juiz interferir nas inúmeras ponderações político-administrativas que devem ser efetuadas pelo administrador na decisão de alocação de recursos. No entanto, diante de determinada hipótese e tendo em vista os princípios constitucionais e demonstrada, à saciedade, que estará agredindo o princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) ou o descumprimento de comandos normativos constitucionais, *caberá a intervenção e não será desarrazoada.*”²⁵¹

Até o STF parece encaminhar neste sentido, no julgamento da ADI 4.650, no qual, até agora, parece a Corte propender a ordenar o custeio pelo Erário das campanhas eleitorais (custo altíssimo e, de certa maneira, supérfluo, pois não é o financiamento registrado que vicia nosso sistema eleitoral. É o próprio sistema eleitoral que está viciado).

Em suma.

1) Os precatórios, por força da Constituição e das leis vigentes, devem sempre constar na peça orçamentária, sob pena de inclusão destas despesas por ordem judicial. Esta é a adequação *contra* o orçamento (mas de acordo com a Constituição), de que fala Pedro Germano dos Santos;

“Fenômeno de tensão entre democracia e direitos fundamentais ocorre igualmente na Constituição de 1988, ainda mais quando se trabalha com a relação a democracia como nível de exigência ao Poder Público, quais sejam, proporcionalidade e eficiência, de um lado, e conformação no orçamento das necessidades públicas constitucionais.

(...)

Com isso, a superação do Orçamento pelo Judiciário cabe nos casos de a) omissão de dotações constitucionais; b) necessidades imprevistas anteriormente que

²⁵⁰ TRF da 2ª Região, decisão monocrática, AI 2013.02.01.010892-2, rel^a. Des^a. Fed. Maria Helena Cisne, j. em 14 de outubro de 2013 - grifamos.

²⁵¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006, p. 266.

requerem instauração de créditos suplementares; c) dotações de cunho proporcional; d) dotações de cunho ineficiente.”²⁵²

2) Se os precatórios já foram incluídos no orçamento, as leis de direito financeiro impedem o contingenciamento destas verbas, obrigando a quitação destas condenações no prazo do exercício seguinte ao da sua escrituração.

O Poder Executivo já dispões à saciedade de instrumentos orçamentários para atender a situações inesperadas no decorrer do exercício do orçamento, conforme doutrina Pedro Germano dos Anjos, *verbis*:

“A mudança orçamentária pelo Executivo já cabe em relação aos créditos adicionais (especiais e extraordinários) e em relação à reserva de contingência.²⁵³ Todas já sinalizam reservas e créditos além dos previstos no Orçamento para conter situações fáticas imprevistas, como calamidades públicas. *A relocação sem a consideração de extrema necessidade, assim, deve servir de base ao controle judicial a fim de se impedir o Executivo de alterar o orçamento, determinando o seu cumprimento até o final do exercício financeiro.*”²⁵⁴

Trata-se, neste segundo caso, e na esteira da lição de Pedro Germano dos Anjos, de uma atuação do Judiciário “*pro* orçamento” e não “*contra* o orçamento”.

Não há hipótese legal de contingenciamento na ausência de queda de arrecadação e, tanto o estado de São Paulo quanto a União vêm batendo recordes anuais de arrecadação, o que torna absolutamente antijurídica e tirânica a ausência de pagamento dos precatórios – fato que deverá certamente o Brasil a condenação na Corte Interamericana de Direitos Humanos, porque o inadimplemento ocorre pela inércia e indulgência do Judiciário com os administradores dos entes públicos inadimplentes.

²⁵² ANJOS, Pedro Germano dos. *Controle Jurisdicional do Orçamento: planejamento, orçamento e diálogo constitucional no cumprimento dos direitos fundamentais e prestações fáticas*. Salvador: Universidade Federal da Bahia (dissertação de mestrado), 2010, p. 233 - grifamos.

²⁵³ “Reserva de contingência” não se confunde com “limitação de empenho”, este último sim, o nome técnico para o que popularmente se chama de “contingenciamento” de verbas no orçamento. A “reserva de contingência” é parte obrigatória do orçamento e trata-se de verba para custear imprevistos, uma parte da peça orçamentária que o Executivo pode manobrar discricionariamente.

²⁵⁴ ANJOS, Pedro Germano dos. *Controle Jurisdicional do Orçamento: planejamento, orçamento e diálogo constitucional no cumprimento dos direitos fundamentais e prestações fáticas*. Salvador: Universidade Federal da Bahia (dissertação de mestrado), 2010, p. 233 - grifamos.

4.5.1 Da necessidade de adequada gestão dos precatórios, em especial pelo Poder

Judiciário

A EC 30 e a EC 62 trazem para os Tribunais pátrios complexa tarefa de gerir as contas dos precatórios. O CNJ, por meio de grupo de trabalho, instituído por meio das Portarias nº 10, de 24 de fevereiro de 2012 e nº 11, de 27 de fevereiro de 2012, ambas de lavra da Ministra Corregedora Eliana Calmon, realizou um levantamento da situação dos órgãos de controle dos precatórios em diversos tribunais do país.

Não foi surpresa alguma o diagnóstico que o grupo de trabalho liderado pela MM^a. Juíza Federal Agamenilde Dias Arruda Vieira Dantas, cuja visita ao Tribunal Paulista deu-se entre 5 a 9 de março de 2012, exarou, verificando as dantescas condições de trabalho do setor de precatórios do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Pede-se vênua para transcrever aqui longo trecho do relatório sobre gestão de precatórios realizado pelo CNJ perante o Tribunal de Justiça de São Paulo. O diagnóstico da Comissão de juízes que visitaram o setor de precatórios do maior tribunal da América Latina é estarrecedor.

Campeia a falta de organização, o setor é carente da mínima estrutura física, de recursos humanos e de informática, revelando que não há o menor cuidado com um setor que efetivamente realiza direitos fundamentais do cidadão.

A completa ausência de gestão é fator que desencadeia, por exemplo, a existência de contas judiciais com mais de um bilhão de reais em depósitos²⁵⁵, sem o respectivo pagamento aos credores, a sugerir que o Tribunal está se apossando destes valores para outras destinações. Ou, hipótese ainda pior: *o dinheiro está simplesmente parado pela incompetência do setor de precatórios do tribunal.*

Mas o relatório aponta outros dados que indicam o descalabro da situação, como a amadora estrutura de informática do setor, o controle ainda manual dos precatórios, em “fichas” de papel, há décadas abolidas em qualquer setor de controladoria sério e as malfadadas iniciativas da administração do Tribunal Bandeirante que, por exemplo, adquiriu um sistema “novo” de informática para o setor, que não se integra aos outros sistemas de

²⁵⁵ “1. Fazenda Pública Municipal de São Paulo (regime mensal). No período discriminado houve repasse de aproximadamente R\$ 1.200.000.000,00 (um bilhão e duzentos mil reais) sendo que se encontra nas contas do TJSP R\$ 967.643.355.13, disponíveis para liquidação de precatórios.” Relatórios que integram as Portaria nº 10, de 24 de fevereiro de 2012 e Portaria nº 11, de 27 de fevereiro de 2012, da Corregedoria Nacional de Justiça.

informática da Corte. O “sistema” não faz a atualização dos valores, não gera números aos precatórios.

A Corte não tem controle algum sobre o que foi pago, fia-se na “boa-fé” das administrações públicas.

Some-se a isso, por exemplo, a absoluta impossibilidade de o setor de precatórios informar ao Executivo e à Assembleia Legislativa o montante de precatórios devidos no ano, pois o único servidor lotado para a tarefa estava planilhando os precatórios de outubro de 2011 somente em março de 2012. A peça orçamentária do estado é incompleta por responsabilidade única do Presidente da Corte, a quem a Constituição imputa o dever de cuidar da gestão destes dados.

Chega-se a pensar que tal (falta de) estrutura não se trata de estratégia para, efetivamente, com beneplácito do Judiciário, não se adimplir-se com estas dívidas. É frustrante que o maior tribunal da América Latina seja administrado de uma maneira mambembe, amadora, violando todos os princípios que devem reger a administração pública.

Vejamos alguns dos diagnósticos da Comissão do CNJ:

“A Diretoria de Execução de Precatórios (DEPRE) foi criada em 1985, com o objetivo de centralizar o processamento de precatórios no âmbito do TJSP. Até então, os precatórios eram enviados por cada Juízo diretamente para as entidades devedoras, às quais competia realizar o pagamento.

Não existem, portanto, informações centralizadas a respeito dos precatórios realizados até este período.

O processo de informatização da DEPRE foi iniciado em 1996, com a implantação do Sistema Integrado de Precatórios (SIP).

Trata-se de uma aplicação Clipper, desenvolvida por um servidor do Departamento.

O sistema foi concebido de forma a dar apoio à tramitação dos precatórios, com exceção da efetivação e controle dos pagamentos.

Os dados relativos a *precatórios anteriores à implantação do sistema continuaram registrados em fichas físicas*, cujas informações são inseridas no Sistema na medida em que há demanda nesse sentido.

O SIP continua em uso ainda hoje, em ambiente operacional improvisado.

A base de dados reside em uma estação de trabalho comum e a manutenção é realizada exclusivamente pelo servidor que desenvolveu a aplicação.

São realizadas cópias de segurança diárias da base, para outra estação de trabalho e para o ambiente do data Center da Secretaria de Tecnologia da Informação 1 (STI 1).

As funcionalidades que atendem à tramitação de precatórios estão agrupadas em cinco grandes grupos: Protocolo, Processamento, Orçamento, Pagamento e Publicação.

Estes quatro últimos grandes grupos de funcionalidades são utilizados por três grandes unidades que controlam os precatórios do INSS, de entes municipais e da Fazenda Estadual, respectivamente.

No protocolo são recebidos os requisitórios e autuados os precatórios, chamados de EPs.

O Sistema não gera numeração para os Precatórios.

O controle de numeração de Precatórios é realizado manualmente: os servidores criam etiquetas com as numerações e cadastram os dados no sistema.

Não há integração com os sistemas utilizados para a tramitação processual de primeiro grau (SAJ e PRODESP), o que não permite a recuperação destas informações já existentes quando da autuação dos precatórios.

Embora haja uma análise dos autos, as informações, como o valor total e individualizado, dentre outras, não são lançadas, gerando duplicidade de rotinas.

A individualização dos credores de cada precatório só passou a ser feita após a Emenda Constitucional nº 62.

Os autos são formados fisicamente e mantidos atualizados em duas vias, para que, ao final da fase de processamento, uma das vias seja enviada à entidade devedora.

No processamento, é feita nova análise dos autos, com conferência do valor total informado, taxa de juros, índice de correção, data final da correção, tabela utilizada e etc.

Também é feita uma conferência por amostragem dos valores individuais.

Eventuais erros de cálculo que não sejam a simples soma são oficiados para a Vara de Origem.

Aparentemente, os incidentes sobre erros de cálculos não se restringem aos ditames do artigo 35 da Resolução nº 115/2010.

São elaborados os ofícios requisitórios e ocorre o encaminhamento para o setor de Orçamento.

No setor de Orçamento ocorre nova conferência do valor total, podendo ser oficiada a vara de origem em caso de detecção de erro.

A natureza de cada débito é identificada e registrada em uma etiqueta azul aposta aos autos que possuam alguma preferência de pagamento.

Os precatórios de um mesmo período requisitorial são agrupados e mantidos atualizados até a data de primeiro de julho para que, uma vez encerrado o período, possa ser gerado e enviado o mapa orçamentário com os precatórios a serem inclusos no orçamento do ano vindouro do ente devedor.

Enviado o mapa, aguarda-se um ofício do ente devedor com a confirmação de que a verba foi incluída no orçamento.

VERIFICOU-SE QUE EM 08/03/2012, PARA O FIM DE ELABORAÇÃO DO MAPA ORÇAMENTÁRIO, O SETOR RESPONSÁVEL ESTAVA INSERIDO DADOS REFERENTES AO MÊS DE OUTUBRO/2011.

O SIP não controla os pagamentos.

As informações existentes a respeito da quitação dos precatórios continuam dispersas pelos autos existentes nas Varas de Fazenda, (já que o pagamento era realizado diretamente nos feitos) ou inexistentes, dada a falta de retorno das entidades devedoras, segundo informações prestadas.

Com o advento da Emenda Constitucional 62, de 9 dezembro de 2009, sobreveio a necessidade de controlar os pagamentos, inclusive de forma individualizada.

Para tanto, a empresa Millenium foi contratada para desenvolver um novo sistema: o Sistema de Controle de Precatórios (SCP).

O SCP está sendo desenvolvido em DotNet e ASPX, com base de dados SQL Server residente no data Center da STI.

Já estão implantadas funcionalidades que: · Realizam os cálculos de atualização; · Centralizam informações sobre os débitos para cada ente devedor; · Viabilizam o transito de dados com devedores e com a vara; · Possibilitam a individualização dos credores; · Controlam o saldo devedor dos precatórios: abatem do saldo devedor total os valores depositados pelas entidades devedoras em contas judiciais para pagamento dos precatórios especificados.

O SCP é alimentado anualmente, após o fechamento dos mapas orçamentários, com dados gerais dos precatórios, provenientes do SIP, de forma automática, ícone leitura e inserção dos dados ali registrados.

Considerando a ausência de registros na DEPRE sobre a efetivação dos pagamentos de precatórios de 1984 a 2008, foi desenvolvida no SCP uma rotina para que as entidades devedoras informem as quantias pagas e pendentes de pagamento para cada precatório anterior a 2010, individualizando os credores.

Para facilitar tal procedimento, foram enviadas para todas as entidades devedoras cópias dos mapas orçamentários existentes na DEPRE e foi firmada uma parceria com o Tribunal de Contas e o Ministério Público do Estado para reforçar a necessidade de fornecimento destas informações.

Os Entes Devedores foram intimados para alimentar o banco de dados da lista de precatórios, apontando a ordenação das requisições, os nomes e valores dos credores, assim como os demais dados processuais.

Caso a dívida seja informada como quitada, o fato é registrado, sem que se tenham informações da confirmação desse adimplemento nos autos, ou que algum órgão do TJSP verifique tal pagamento.

Todavia, caso existam débitos a quitar os dados fornecidos pelas entidades devedoras são conferidos por um contador da DEPRE.

No tocante ao valor total da causa e à identificação de credores, a conferência é feita em relação aos autos dos precatórios.

NO QUE TANGE AOS PAGAMENTOS EFETUADOS, NA ÓTICA DA DEPRE, PRESUME-SE A BOA FÉ DO ENTE DEVEDOR.

É realizada publicação no DJE, com dez dias para que as partes se manifestem em relação aos dados registrados, sem menção a valores, para resguardar a segurança das partes.

Decorrido o prazo sem reclamações, os registros são incorporados ao sistema.

Constata-se, ainda, a possibilidade de contraditório quando da realização do levantamento para o pagamento, nas varas de origem.

Segundo informações colhidas, das 1023 entidades devedoras municipais (645 municípios e 378 autarquias e fundações), 470 entidades devedoras já forneceram todas as informações.

Consignou-se que, enquanto não se esgota esse processo de apuração dos saldos para cada ente municipal devedor, os pagamentos de seus precatórios ficam suspensos.

No momento, são realizados os pagamentos de precatórios de 205 destes entes devedores.

Os dados relativos aos precatórios posteriores à Emenda 62/2009 estão sendo integralmente inseridos no SCP pelos servidores da DEPRE, mediante consulta aos autos.

Eventuais precatórios anteriores a 1984 são incluídos no sistema apenas quando provocados.

O procedimento de pagamento realizado por meio do SCP inicia-se com nova análise dos dados, sendo conferidos os cálculos para o valor total e individualizados no sistema os valores devidos.

Também são lançados os dados referentes às preferências.

Uma vez encerradas estas atividades, os precatórios são bloqueados pelos supervisores, para que não sofra modificações e incluídos em uma lista.

A lista sofre uma conferência por um contador.

O início do pagamento em si ocorre com a informação de saldo disponível para o pagamento pela entidade e o processamento da lista limitado ao valor informado.

Uma prévia é gerada para conferência pelo supervisor.

Os valores são enviados para uma conta especial no banco, à disposição do juízo de origem.

Um arquivo de retorno é recebido do banco confirmando este depósito e a partir desta informação o saldo do precatório é atualizado, podendo o mesmo ser extinto quando o saldo chegar a zero.

Concluída esta etapa, o pagamento é considerado efetivado para o sistema.

CONTUDO, SABE-SE QUE ISTO NÃO SIGNIFICA QUE A PARTE BENEFICIÁRIA TENHA EFETIVAMENTE RECEBIDO O QUE LHE É DEVIDO.

A vara é comunicada da disponibilidade do valor e ainda precisa fazer autorizar o levantamento das quantias pelos credores e comunicar à DEPRE o pagamento feito.

CONTUDO, O SISTEMA NÃO REGISTRA OU CONTROLA ESTES PROCEDIMENTOS FINAIS.

Do ponto de vista dos sistemas utilizados a DEPRE sofre com uma conjuntura que é comum a todo o TJSP, onde existe *uma multiplicidade de sistemas de fornecedores diferentes para apoiar a área judicial.*

O Sistema SIP não possui integração com os sistemas judiciais que atendem ao Primeiro e ao Segundo Grau (SAJ e PRODESP).

ADICIONALMENTE, ESTÁ ENTREGUE AOS CUIDADOS DE UM ÚNICO SERVIDOR, QUE O DESENVOLVEU E MANTÉM.

Além da falta de integração, às rotinas de cadastro, muitas vezes, faltam pequenas automações de preenchimento, as quais, se existentes, teriam efeito positivo sobre a produtividade dos servidores que o utilizam.

Segundo o relato do servidor que criou o sistema e de alguns usuários, estes entendem ser necessária sua substituição, por um mais moderno, integrado aos demais sistemas utilizados por aquele Tribunal, de modo a que a rotina de trabalho seja facilitada e haja um incremento de produtividade.” (grifamos)

Não é preciso muitas linhas para diagnosticar que, no caso específico do Tribunal de Justiça de São Paulo, o amadorismo e a leniência imperam na gestão dos precatórios, a abrir larga margem para o Poder Executivo inadimplir com suas obrigações.

É necessário que o CNJ intensifique suas cobranças perante a política de administração dos tribunais que, perpetuando práticas antigerenciais, contribuem para o sistemático desrespeito aos direitos mais comezinhos do cidadão.

5. PILHAGEM E ESTADO DE DIREITO

Em livro recentemente lançado no Brasil, fruto do encontro casual entre as pesquisas de uma antropóloga (Laura Nader) e de um professor de Direito Internacional (Ugo Mattei),²⁵⁶ no qual participamos como revisor da tradução, os autores abrem uma perspectiva bastante criativa do modelo jurídico que vai se espalhando mundo afora, desde os movimentos colonialistas do século XVI e XVII e, porque não dizer, desde o império romano.

Os autores demonstram como *o modelo de “Estado de Direito” vigente é apenas uma ferramenta para garantia da perpetuação do colonialismo,*²⁵⁷ ou seja, o conjunto de regras jurídicas vigentes nos países periféricos – especialmente as de cunho constitucional – são, na verdade, mecanismos que garantem o desvio das riquezas destes países para as potências mundiais, sem a necessidade de invasão com soldados, porta aviões e tanques de guerra: *o Direito em países como o Brasil é, somente, um instrumento da pilhagem internacional, garantindo a expropriação dos ativos e riquezas em favor das potências e organismos internacionais (e, também, de grupos internos – utilizando-se dos mesmos sofisticados mecanismos).*

Apenas como exemplo do acerto da tese dos professores Laura Nader e Ugo Mattei pode ser encontrado no relatório da “Dívida Pública”, divulgado pela Receita Federal, em

²⁵⁶ NADER, Laura. MATTEI, Ugo. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é Ilegal*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

²⁵⁷ http://www3.tesouro.gov.br/divida_publica/downloads/Parte%202_4.pdf

2009.²⁵⁸ O total de receitas correntes da União, naquele ano foi de aproximadamente um trilhão e quinhentos milhões de reais; a despesa com pessoal da União, encargos sociais e despesas correntes (portanto, a despesa com a manutenção do SUS, das Universidades Federais etc.) foi de aproximadamente 834 bilhões de reais. Inacreditavelmente, a despesa com juros, amortizações da dívida pública e inversões financeiras foi de R\$ 747 bilhões – ou seja – 49,8% do orçamento *é destinado ao pagamento de juros e amortização de dívida pública*. Não que se defenda aqui a moratória. Pelo contrário! O *leitmotiv* deste estudo é, exatamente, o pagamento da dívida pública interna. Mas o que se percebe é que países como o Brasil tem sua renda tributária comprometida com o pagamento de credores e prestamistas estrangeiros, *e se vale de regras do “Estado de Direito” para proteger estes prestamistas*, como revela a pesquisa mantida pela UNISINOS, por meio do Instituto Humanitas, *verbis*:

“Dia 26/7, a Secretaria do Tesouro Nacional (STN) se negou a responder requerimento de informações feito no âmbito da Nova “Lei de Acesso à Informação”, que solicitava o nome dos detentores de títulos da dívida pública. O governo diz que não pode revelar o nome dos detentores de títulos da dívida pública, alegando ‘sigilo bancário.’

O governo alega o seguinte:

‘Por força da Lei Complementar nº 105, de 10 de Janeiro de 2001 (Lei do Sigilo Bancário), a STN ou mesmo o MF não possuem acesso aos dados (nome/razão social, CPF/CNPJ) dos detentores de títulos públicos federais. Em decorrência da mencionada Lei do Sigilo bancário, o Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), administrado pelo Banco Central do Brasil, possui uma estrutura de contas que permite tão somente segmentar os detentores por categorias, que são disponibilizadas mensalmente através do seguinte endereço:

http://www.tesouro.gov.br/hp/relatorios_divida_publica.asp’

Interessante observar que a tabela divulgada por tal endereço eletrônico exclui a dívida interna do Banco Central com o mercado financeiro (por meio das chamadas ‘Operações de Mercado Aberto’), que somava R\$ 414 bilhões em junho, e está quase toda nas mãos dos bancos, conforme constatou a recente CPI da Dívida Pública na Câmara dos Deputados. Tais dados disponíveis na internet não permitem sabermos a distribuição dos grandes e pequenos investidores nos chamados Fundos de Investimentos, os quais sempre são citados por analistas conservadores como a prova de que a dívida interna beneficiaria a população brasileira como um todo.

Ao contrário do informado pela STN, a Lei Complementar 105 não contém qualquer vedação à divulgação dos detentores dos títulos da dívida pública, uma vez que não se trata de operação bancária, mas sim de operação de crédito perante o setor público, que em última análise se refere a despesa arcada pela sociedade, que tem o direito, pela Lei da Transparência, de saber a quem está efetuando o pagamento dos juros e amortizações.

²⁵⁸ Embora existam autores que já tenham antevisto tal situação aqui mesmo no Brasil. Cf.: BONAVIDES, Paulo: *Do País Constitucional ao País Neocolonial*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.13.

Ademais, a informação sobre os detentores da dívida pública também não se enquadra na definição de informação sigilosa contida na Lei 12.527, art. 4o., inciso III, da qual consta o seguinte: ‘informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado.’

Considerando que os detentores da dívida pública auferem rendimentos qualificados como de obrigação do setor público, tal informação se insere na obrigatoriedade constitucional – art. 37 – relacionada ao Princípio da Publicidade.

Ora, se não se pode divulgar quem são os detentores da dívida pública, então não se poderia também divulgar no ‘Portal da Transparência’ do governo federal os nomes ou valores pagos pelo governo a fornecedores ou servidores públicos. Ora, qual a diferença entre estes últimos e os credores da dívida pública? Todos eles não recebem dinheiro público? Os credores da dívida estão acima da Lei? São ‘intocáveis’?’²⁵⁹

Neste sentido, Laura Nader e Ugo Mattei ensinam:

“Ironicamente, apesar de sua absoluta falta de legitimidade, o Estado de Direito imperial é imposto por meio de práticas discursivas que apresentam as regras imperialistas como se fossem regras do ‘Estado Democrático de Direito’, impondo, como necessidade natural, a filosofia jurídica reativa que tem por função retirar a legitimidade de qualquer doutrina ou decisão que defenda a distribuição de riqueza baseada na solidariedade social, fragilizando ainda mais o Direito local e os processos políticos que pressupõem a responsabilidade dos governantes perante os governados.”²⁶⁰

O curioso é que estes credores internacionais *não precisam do Poder Judiciário para manter o pagamento de seus créditos em dia*, demonstrando que “pressões externas”, que em países colonizados e sem soberania, como o Brasil, implicam até na derrubada de presidentes e constituições, *verbis*:

“Um exemplo esclarecedor vem da história recente do Brasil, onde o presidente Getúlio Vargas ousou ameaçar os interesses da indústria siderúrgica dos Estados Unidos em 1954, comportando-se como um agente econômico racional que preferia vender o metal a preços muito mais altos para os governos da Polônia e da Checoslováquia, e não ao preço que as companhias norte-americanas queriam pagar. Ele foi quase literalmente levado ao suicídio, como se depreende de sua última carta, em que ele atribui sua trágica decisão às pressões internacionais que não lhe permitiam servir aos interesses do seu país. O principal beneficiário da morte de Vargas foi a mineradora norte-americana Hanna Mining, que pôde continuar com a exploração do Vale do Paraopeba, onde se encontravam as mais ricas reservas de ferro do planeta (algo em torno de US\$ 200 bilhões). Afinal de contas, os advogados da Hanna Mining poderiam argumentar que sua cliente havia pago quase US\$ 6 bilhões (!) pelo controle acionário da companhia britânica St Johns, que vinha explorando as minas brasileiras há muito tempo. Pouco importava o fato de que a St Johns não tinha autorização legal para extrair e comercializar o

²⁵⁹ <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/512035-lei-da-transparencia-publica-nao-vale-para-os-rentistas-da-divida-publica>

²⁶⁰ NADER, Laura. MATTEI, Ugo. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é Illegal*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 248.

minério. Novos títulos de propriedade foram criados. A exploração pôde então continuar até 1961, quando o presidente Jânio Quadros assinou uma lei que anulava os direitos ilegais da Hanna Mining e devolvia ao Estado de Minas Gerais as reservas nacionais que lhe pertenciam. Quatro dias depois, o presidente Quadros foi forçado a renunciar pelas forças armadas. Em seu dramático discurso de despedida, ele acusou a enorme pressão internacional por forçá-lo a deixar o governo. O vice-presidente João Goulart foi empossado, mas, de maneira muito inesperada, manteve a política de seu antecessor. A Hanna Mining contestou a lei de Quadros no judiciário brasileiro, mas sua validade foi mantida. Em seguida, o Brasil explorou a possibilidade de enviar e vender seu ferro diretamente para a Europa (tanto socialista quanto capitalista), mas isso foi demais para os interesses norte-americanos, que tomou medidas mesmo antes destas vendas acontecerem. Em março de 1964, um golpe derrubou Goulart e colocou na presidência [o marechal] Castelo Branco, um ditador assassino e anticomunista fanático. Em dezembro de 1964, a Hanna Mining obteve de Castelo Branco a anulação da lei de Jânio Quadros, ficando com plenos poderes para explorar as minas e, inclusive, com um rico subsídio governamental para construir seu próprio porto e uma ferrovia que o ligava às minas. A US Steel, outra grande corporação do Norte, recebeu direitos semelhantes nas minas da Serra dos Carajás. O ditador afirmou que o Brasil não tinha o capital necessário para explorar suas riquezas. Eduardo Galeano reproduz alguns comentários:

- Fortune: ‘a revolução que derrubou Goulart na última primavera chegou como um socorro [para a Hanna Mining] prestado, no último minuto, pelo Primeiro Regimento de Cavalaria.’
- Lincoln Gordon, embaixador dos Estados Unidos: ‘o sucesso da conspiração poderia ser incluído, ao lado do Plano Marshall, do Bloqueio de Berlim, do malogro da agressão comunista na Coreia e da solução da crise dos mísseis cubanos, como um dos momentos de mudança mais importantes na história mundial de meados do século XX.’
- The Washington Star: ‘Eis uma situação na qual um bom e infalível golpe à moda antiga, liderado por militares conservadores, pode ajustar-se como uma luva aos mais altos interesses de todas as Américas.’
- Presidente Lyndon Johnson, dos Estados Unidos (em mensagem de congratulações a Ranieri Mazzili, presidente interino): ‘O povo norte-americano acompanha ansiosamente as dificuldades políticas e econômicas pelas quais sua grande nação vem passando, e vê com admiração o decidido esforço da comunidade brasileira em resolver essas dificuldades num contexto de democracia constitucional, sem desavença civil.’

Embora o último comentário supere todos os outros em hipocrisia, o que temos aqui é um coro de saudações à pilhagem decorrente da ‘política de portas abertas’, uma versão dissimulada do livre-mercado.²⁶¹

O que verifica-se é que os interesses que dirigem os rumos das prioridades de nosso país não são os do nosso povo, na medida em que “a sede do poder está fora do território nacional e ninguém sabe que surpresa amanhã nos aguarda, ao sabor das flutuações

²⁶¹ NADER, Laura. MATTEI, Ugo. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é Illegal*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 118.

especulativas das bolsas de valores, colocadas debaixo do influxo e domínio do capital estrangeiro.”²⁶²

Se ainda não ficou claro, o que se quer demonstrar é que países como o Brasil ainda são colônias dos países “desenvolvidos”, sem nenhuma soberania – o que explica a ausência de autoridade do Estado,²⁶³ especialmente do Poder Judiciário, que tem (*rectius*: deveria ter) a última palavra em sistemas jurídicos de Constituição rígida, como o nosso. Neste sentido:

“[...] o capital financeiro internacional, desde que instalou no país como sistema jurídico a partir de 64 não teve maiores problemas com o Poder Judiciário tanto que este, pelo STF, definitivamente firmou o entendimento sobre as instituições financeiras estarem fora da proibição de juros onzenários e capitalizados. É de se ter em mente que o sistema de funcionamento jurídico do mercado financeiro internacional se instalou no país a partir da Revolução de 64, mas até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário fez por apenas consolidar o sistema.”²⁶⁴

Um exemplo atual, para fugir dos óbvios e evidentes casos dos presidentes Getúlio Vargas e Jânio Quadros citados na nota acima, é a política de câmbio e juros que, sob os auspícios do FMI e do Banco Mundial, se impôs ao país, ano a ano, durante a década de 90 e nos anos 2000, elevando estes índices à maior taxa do mundo,²⁶⁵ sob a argumentação que o controle inflacionário exigia um sacrifício deste porte: *curiosamente, outros métodos de controle inflacionário foram subutilizados neste período*, e o “escolhido” foi aquele que *remunerava em taxas absurdas os (estrangeiros) que emprestavam dinheiro ao Estado*.

E para o pagamento destas dívidas, não faltou (ou falta) dinheiro! Mas para o credor judicial, *tendo em vista que o Poder Judiciário brasileiro é apenas mais um ente estatal conivente (e fomentador) deste jogo de pilhagem*, todas as “razões de Estado”²⁶⁶ - ou seja, “...

²⁶² BONAVIDES, Paulo: *Do País Constitucional ao País Neocolonial*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.14.

²⁶³ “Como se pode aferir, a globalização, pelo simples fato de impor uma lógica de submissão ao mercado, constitui um fato importante e determinante na redução da soberania estatal.” (MAYER, Dayse de Vasconcelos. *A Democracia Capturada: a face oculta do poder: um ensaio jurídico-político*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 62.

²⁶⁴ FERRAZ DE ARRUDA, Augusto Francisco Mota. “Formação e Recrutamento de Juízes.” In: ALMEIDA, José Mauricio Pinte de. LEARDINI, Márcia (coords.). *Recrutamento e Formação de Magistrados no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 43-44 *apud* NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 190

²⁶⁵ “O endividamento estadual no Brasil atingiu proporções elevadas por várias razões, destacando-se as taxas de juros praticadas no País nos últimos anos e seus efeitos na dívida mobiliária.” (SANTOS, Gilton Carneiro dos. “A Dívida dos Estados: Composição, Evolução e Concentração.” In: http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/iiipremio/divida/MencaoHonrosa_III_PTN/GiltonCarneiro.PDF)

²⁶⁶ “A expressão razão de Estado surge na linguagem política do renascimento tardio. Num primeiro momento podemos dizer que o termo é utilizado por alguns teóricos para se referir à força, ou melhor, a um instrumento excepcional daqueles que estão à frente do governo com a finalidade de conservar e garantir a ordem de determinado principado ou sociedade. Na segunda metade do quinhentos, o termo razão de Estado alcança

*pseudo-argumentos para fazer prevalecer a supremacia das razões (= interesses) políticas sobre as do direito e/ou da moral*²⁶⁷ – são, de antemão, aceitas, e ainda com respaldo na doutrina²⁶⁸ e pela jurisprudência,²⁶⁹ para justificar o injustificável, no caso deste estudo, o simples descumprimento dos precatórios.

5.1 A Cooptação do Poder Judiciário: o Canto da Sereia do “Estado de Direito”

Como vimos no capítulo anterior, há uma parte da doutrina que, por motivos ideológicos inconfessáveis, abomina o que se reduziu a expressão “ativismo judicial”. Entretanto, em países periféricos, a passividade judicial equivale a deixar totalmente aberto o campo para a pilhagem, pois as prioridades orçamentárias sempre privilegiam os grupos organizados em *lobbies* e outras espécies de pressão.

Caso contundente disso são os estádios “Padrão FIFA” construídos para a Copa do Mundo de 2014, em um país que tem taxas de analfabetismo e carências de saneamento básico que outros países em desenvolvimento já equacionaram a mais de 100 anos. Como explica Dayse Meyer,

ampla difusão com vários tratados e documentos políticos. A tradição da razão de Estado afirma que a segurança do Estado é uma exigência de tal importância que os governos, para garanti-la, são obrigados a violar normas jurídicas, morais, políticas e econômicas que consideram imperativas, quer dizer, a razão de Estado é a exigência de segurança do Estado, que impõe aos governantes determinados modos de atuar. Diante de tais situações, o Estado, considerando o seu interesse superior, invoca uma razão superior para comportar-se e agir, mesmo sendo necessário atuar à margem de ou por sobre a lei.” (CARDOSO, Marco Aurélio. “Razão de Estado: poder e liberdade.” In: *Anais do VI Simpósio Nacional Estado e Poder: Cultura*. Aracaju: Universidade Federal de Sergipe, 2010, disponível em <<http://www.historia.uff.br/estadoepoder/6snepc/Grupos.html>>, acesso em 23/12/2013)

²⁶⁷ BIM, Eduardo Fortunato. “A Razão de Estado na Práxis da Suspensão de Segurança.” In: JOBIM, Eduardo; MARTINS, Ives Gandra da Silva (orgs.). *O Processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, 767-768.

²⁶⁸ “... podíamos constatar a existência de muitos entes políticos que se encontravam em situação ‘concordatária’, quíça ‘falimentar’, pois caso pagassem suas dívidas de precatórios, inviabilizariam o bom andamento de suas máquinas administrativas, deixando de realizar gastos essenciais para a população em saúde, segurança, educação, o que demonstra que o problema não residia no regime de precatórios propriamente dito, até porque quando o ente político estava com suas finanças em dia, como ocorria com a União Federal, o sistema de pagamentos funciona regularmente. Nessa medida, a Emenda Constitucional n. 62/2009 nada tem de inconstitucional, pois inconstitucional era o sistema normativo anteriormente existente, incapaz de resolver a mora do precatório...” (ALVAREZ, Anselmo Prieto. *Os Regimes de Pagamento de Precatórios na Execução contra a Fazenda Pública e a Emenda Constitucional n. 62/2009*. São Paulo: PUC/SP / tese de doutoramento, 2009, p. 254-255)

²⁶⁹ “AGRAVO REGIMENTAL EM INTERVENÇÃO FEDERAL. PRECATÓRIO. DESCUMPRIMENTO INVOLUNTÁRIO. O descumprimento voluntário e intencional de decisão transitada em julgado configura pressuposto indispensável ao acolhimento do pedido de intervenção federal. A ausência de voluntariedade em não pagar precatórios, consubstanciada na insuficiência de recursos para satisfazer os créditos contra a fazenda estadual no prazo previsto no § 1º do artigo 100 da Constituição da República, não legitima a medida drástica de subtrair temporariamente a autonomia estatal, *mormente quando o ente público, apesar da exaustão do erário, vem sendo zeloso, na medida do possível, com suas obrigações derivadas de provimentos judiciais*. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF, Pleno, m.v., AgReg em Intervenção Federal 3.977, rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 05/11/2003)

“Um dos fatores determinantes desse aumento de poder [das multinacionais] foi a associação das corporações com os seus Estados de origem. Erigiu-se, assim, uma espécie de condomínio *sui generis* entre os atores estatais e não estatais, insto é, o público passou a compartilhar cada vez mais com o privado, na medida em que empresas transnacionais assumiram decisões de caráter predominantemente político. Os Estados, neste plano [*de globalização imperialista*], revelaram-se inativos ou sem condições para definir políticas de interesse geral da sociedade, como é o caso dos transgênicos e produtos químicos na alimentação e da disciplina das questões que dizem respeito ao genoma humano.”²⁷⁰

Por isso, o Poder Judiciário independente destas pressões poderia e deveria ser – como alertam Laura Nader e Ugo Mattei – a instituição de “reação” aos atos de pilhagem, exatamente pela peculiaridade de sua atuação no jogo da tripartição de poderes. Mas a independência do Judiciário tem sido posta em cheque, como o próprio papel do processo na democracia contemporânea brasileira, diminuindo seu poder de resistência, como adverte com precisão Dierle José Coelho Nunes: “... o discurso do neoliberalismo reduziu o processo a uma mera burocracia, que precisa ser eliminada, pois, em verdade, o processo corporifica um instituto legitimante e estruturador da participação cidadã e da própria democracia.”²⁷¹

Explicam os professores de *Berkeley* o mecanismo reativo do processo, com base na célebre lição do *Founding Father* Alexander Hamilton,²⁷² *verbis*:

“Enquanto o legislativo tem a bolsa, decidindo sobre a dotação das verbas públicas, e o executivo, com sua autoridade sobre os militares e a polícia, tem a espada, o judiciário (e, em termos gerais, a advocacia) não tem nem uma nem outra. Devido a essa falta de bolsa e de espada, o poder político dos profissionais do Direito termina sendo explicado por uma *filosofia reativa*.”²⁷³

Na linha de raciocínio dos professores Nader e Mattei, o Poder Judiciário pode sim, ao usar esta função *reativa*, recompor direitos lesados e recolocar o debate das políticas públicas no eixo da redistribuição de riquezas aos fracos, *nos casos em que são chamados a manifestar-se*, em detrimento dos interesses imperialistas, pois “... [os tribunais] também se

²⁷⁰ MAYER, Dayse de Vasconcelos. *A Democracia Capturada: a face oculta do poder: um ensaio jurídico-político*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 66.

²⁷¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 209.

²⁷² “Quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, o Poder Judiciário, pela mesma natureza da suas funções, é o mesmo temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la. O poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa.” (HAMILTON, Alexander. “Da Inamovibilidade do Poder Judiciário.” In: HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *O Federalista*. São Paulo: Abril Cultural (Série “Os Pensadores”), 1973, vol. XXIX, p. 167-168)

²⁷³ NADER, Laura. MATTEI, Ugo. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é Illegal*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 245.

prestam à função crítica de esmiuçar o resultado do processo político do ponto de vista de sua compatibilidade com *os valores jurídicos fundamentais da sociedade*.²⁷⁴

Este é o papel do lado “bom” do Estado de Direito, que tem no Poder Judiciário na Advocacia e no Ministério Público os atores de reação e controle aos ataques especulativos do mercado, *verbis*:

“Segundo a concepção e a mitologia do Estado de Direito, o poder político, que pode favorecer a maioria em detrimento da minoria, não é ilimitado: deve submeter-se a *modelos profissionais de controle*. Esse controle, *a cargo dos tribunais e dos profissionais do Direito*, serve a uma variedade de funções, dentre as quais a mais importante é a proteção dos direitos de propriedade individual contra a possível usurpação pela maioria no poder. *Os tribunais constituem o espaço em que os agentes privados ou públicos podem se defender das violações dos direitos individuais e (em menor grau) dos coletivos*.”²⁷⁵

Entretanto, s como a da “norma de eficácia contida”, a do “sel-restraint”, e a da “análise econômica do direito” são, entre outros, sofisticados meios de “comprar e vender” os “operadores do direito” para legitimar este estado de coisas, de apropriação pelos poderosos dos recursos da colônia (nem sempre com *dinheiro*: o fator cultural, o *canto da sereia* que se materializa na utilização das “modernas doutrinas do primeiro mundo”: a realização de cursos de pós graduação em Universidades estrangeiras para “aculturação” e “apreensão” destes discursos são, também, modos de “cooptação” dos operadores do direito para suporte e apoio de teses imperialistas).

Por isso, os juristas e acadêmicos do direito (alguns, como eu, com financiamento público – onde este compromisso é, ainda, maior) tem um *dever de posicionamento*, pois “... há numerosos exemplos de traição de sua função crítica – por medo ou por oportunismo –, a tal ponto que somos levados a nos perguntar se seu papel crítico [da doutrina] é a regra ou a exceção”,²⁷⁶ e o Poder Judiciário quando se nega a dar *efetividade* a direitos por ele mesmo reconhecido, ou quando *nega vigência a direitos legítimos declarados no ordenamento jurídico* especialmente *na Constituição* se torna mais um agente conivente com a exploração e o colonialismo:

“Como resultado dessa função institucional, essas duas instâncias de profissionalismo [advocacia e magistratura] são, elas próprias, dotadas de

²⁷⁴ NADER, Laura. MATTEI, Ugo. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é Ilegal*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 248.

²⁷⁵ NADER, Laura. MATTEI, Ugo. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é Ilegal*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 250.

²⁷⁶ NADER, Laura. MATTEI, Ugo. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é Ilegal*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 257.

considerável poder político. Por sua natureza, esse poder, decorrente da confiança depositada nestes agentes pelo Estado de Direito (...). O Poder Judiciário pode tornar-se *instrumento de opressão* quando se *submete ao poder político a tal ponto que renuncia a sua função de proteger os Direitos.*²⁷⁷

Exatamente este é o ponto central deste estudo: consciente ou inconscientemente o Poder Judiciário brasileiro ao não impor a força de suas decisões ao Executivo, tanto no que tange aos precatórios e, mesmo, em relação a outras políticas públicas como a falta de vagas em creche etc., torna-se instrumento da opressão que os países desenvolvidos nos impõem, tendo em vista que desde o início de sua história os povos periféricos têm a maior parcela de suas riquezas espoliadas, por diversos instrumentos, tais como royalties, empréstimos, transferência de tecnologia, políticas monetárias, direitos autorais, licenças industriais. De fato, no Brasil “a legitimidade democrática do controle judicial (...) raramente conseguiu impor limites reais aos outros poderes.”²⁷⁸

Na verdade, já disse Agustín Gordillo, o juiz ou jurista que não consiga vislumbrar seu papel crítico na sociedade, são apenas instrumentos do poder ilimitado, estão a serviço do pilhagem. Disse:

“El derecho administrativo es derecho constitucional y político, es lucha contra el poder – cualquier poder – em La defensa de los derechos de los individuos y asociaciones de individuos, es *la aventura de pensar.*”²⁷⁹

5.2 A pilhagem institucionalizada: mentiras do Estado, totalitarismo: um Estado de não Direito

Muitos são os mecanismos de cooptação de que o lado “ruim” do Estado de Direito se vale para inculcar nos agentes públicos as ideias que dão suporte a apropriação, pelos mais fortes, dos recursos dos mais frágeis.

Dayse Meyer faz uma interessante compilação de técnicas de comunicação em massa que servem de apoio à “manipulação coletiva.”²⁸⁰ Recentemente, em uma destas crises

²⁷⁷ NADER, Laura. MATTEI, Ugo. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é Ilegal*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 256 – grifamos.

²⁷⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva / Direito GV, 2011, p. 11.

²⁷⁹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey / Fundación de Derecho Administrativo, 2003, tomo I, p. 8.

²⁸⁰ MAYER, Dayse de Vasconcelos. *A Democracia Capturada: a face oculta do poder: um ensaio jurídico-político*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 66.

financeiras que varre o mundo, o governo brasileiro socorreu bancos que fizeram investimentos irresponsáveis. Estes dados são de técnicos do Banco Central:

“Com o advento da estabilização de preços em seguida à introdução do Plano Real, o sistema bancário brasileiro viria a apresentar sérios problemas de liquidez e solvência. Até então, a principal política de saída do mercado bancário no Brasil se limitara à intervenção e liquidação de instituições por parte do Banco Central. Todavia, a ameaça de falência de algumas instituições bancárias ‘too big to fail’ exigiria do Banco Central a formulação de novo arcabouço de política, a fim de evitar a quebra de confiança no sistema bancário, ou seja, a corrida bancária. Para tanto, o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (PROER) baseou-se em dois princípios gerais: a preservação da estabilidade do sistema de pagamentos, via garantia dos depósitos dos aplicadores; e a penalização das más políticas bancárias, via transferência do controle acionário das instituições socorridas pelo programa. Os bancos problemáticos foram divididos em ‘banco bom’ e ‘banco ruim’, o primeiro sendo adquirido por outra instituição bancária (depois de saneados por meio das operações PROER), e o segundo sendo liquidado pelo Banco Central. Ao todo, as operações PROER somaram R\$20,4 bilhões, ou aproximadamente 2,7% do PIB médio de 1995-96-97.”²⁸¹

Não faltaram aqueles formadores de opinião que, de pronto, deram seu aval ao apoio²⁸² de bilhões aos banqueiros. Se é verdade que os clientes quebrariam junto com os bancos, porque (i) não se indenizou, somente os clientes – ao invés de “salvar” o banqueiro? e, (ii), porque não se estatizaram sob o controle do Banco do Brasil ou Caixa Econômica Federal os ativos destes bancos socorridos, ao invés de simplesmente transferir o controle a outro banco privado (escolhido, por qual critério, também não se sabe), como aconteceu?

Como bem lembra Hannah Arendt, não é incomum encontrar legitimação para tiranias, pois “... *bibliotecas inteiras de comentários jurídicos ‘abalizados’ foram escritas demonstrando que as palavras do Führer, seus pronunciamentos orais, eram lei do mundo.*”²⁸³

Na verdade o PROER é um dos tantos exemplos de pilhagem pura e simples do patrimônio público brasileiro, fundado na *mentira de Estado* que é uma *violência*.²⁸⁴ O fato é que 2,7% do PIB foram entregue a sistema financeiro, sem processo, controle, auditoria e salvaguardas, “da noite pro dia” e 1,8% do PIB não pode ser escalonado para pagamento de

²⁸¹ MAIA, Geraldo Villar Sampaio. “Reestruturação Bancária no Brasil: O Caso do Proer.” *Notas Técnicas do Banco Central do Brasil* 38/4.

²⁸² SARDENBERG, Carlos Alberto. “Não é o Banco que Quebra, são os seus Clientes.” In: <http://g1.globo.com/platb/sardenberg/2008/09/>

²⁸³ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Cia. das Letras, 2006, p. 165.

²⁸⁴ “Todas essas mentiras, quer seus autores saibam ou não, abrigam um germe de violência” (ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1973, p. 310)

precatórios, reconhecidos pelo próprio Estado, como devidos. Daí entra o lastimável papel das “mentiras de Estado”, tão íntimas dos regimes totalitaristas, como denunciou Hannah Arendt.

“Todos os contratos, convênios e acordos se apóiam na reciprocidade, e a grande vantagem da versão horizontal do contrato social é que esta reciprocidade liga cada um dos membros e seus colegas cidadãos. Esta é a única forma de governo em que o povo é mantido unido pela força das promessas mútuas e não por reminiscências históricas ou homogeneidade étnica (como no estado-nação) ou pelo Leviathan de Hobbes que ‘intimida a todos’ e desta forma une a todos.”²⁸⁵

Um elemento central no pensamento arendtiano é a ideia de “fazer promessas”, ou colocado de outro ponto de vista, como o poder legítimo se dá por meio da *comunicação* e não da *coação física*. Logo, o poder se dá pela construção de um *consenso possível* entre os cidadãos, que então seguem um comportamento coeso e necessário para o convívio em sociedade (*potesta in populo*). A violência – ainda que obtenha *efeito semelhante no comportamento social* – não pode ser considerado como “poder” no sentido legítimo e legitimador do termo, autorizando o cidadão à desobediência civil – que não é revolução, pois a desobediência civil é somente o ato de o povo exercer o poder que é seu e está sendo usurpado por algum caudilho.

No Estado tirânico, como é o brasileiro, uma das primeiras dimensões que se observa é o desrespeito ao *direito a ter direitos*. Essa é a quebra da promessa Arendtiana, exercida à base das “mentiras de Estado.” Ainda que o conceito de “verdade” seja fluído, o subterfúgio da mentira – paradoxalmente – é bem mais evidente. O Estado brasileiro é tirânico e ilegítimo, pois faz promessas (Constituição, direitos fundamentais, tutela jurisdicional efetiva), mas não as cumpre – pois, simplesmente, *não respeita o princípio fundamental do poder que é garantir ao cidadão o direito a ter direitos* – na medida em que entende-se, *data venia*, que proclamá-los em uma sentença que, depois, não se faz cumprir é exatamente o mesmo que denegar o direito, com a qualificadora do *cinismo* – que caracteriza, flagrantemente, a tirania do estado-mentiroso.

De todo este arcabouço teórico, o que resta é que o Brasil figura-se, mesmo depois de mais de 25 anos da Constituição “democrática”, um *Estado de não Direito*.

Nas prisões, nas filas dos serviços médicos, na situação de milhões e milhões de jovens *analfabetos funcionais* em razão das péssimas condições de ensino, na corrupção endêmica, na pilhagem explícita dos recursos públicos e naturais por organismos privados e estrangeiros, vê-se que *não existe poder exercido pelo povo (potesta in populo)*.

²⁸⁵ ARENDT, Hannah. *Crises da República*. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 78.

Mesmo do ponto de vista estritamente jurídico, resta configurado o “Estado de Não direito”. Nas palavras de Canotilho, caracteriza-se quando se observa três fatores, a saber:

- “(1) é um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis ou desumanas;
- (2) é um Estado em que o Direito se identifica com a ‘razão de estado’ imposta e iluminada por ‘chefes’;
- (3) é um Estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito.”²⁸⁶

Existe uma quarta característica observável no seio de um “Estado de Não Direito”: a ausência de “*sujeição do poder a princípios e regras jurídicas*, garantindo às pessoas e cidadãos liberdade, igualdade e segurança.”²⁸⁷

Todas estas características observam-se no agir do Estado brasileiro. Notadamente as “razões de Estado”, ou seja, na feliz e corretíssima definição de Eduardo Fortunato Bim:

“A razão de Estado ‘foi elaborada para justificar a derrogação das leis e da justiça em favor dos interesses do Estado, representado pela pessoa pública do príncipe.’ ‘Ela é esta derrogação à lei que tem o sentido de uma máscara que cai, a revelação de uma força que cessa subitamente de compor e corta duramente, outorgando-lhe o privilégio exorbitante de quebrar as regras.’ A razão de Estado (*Staatsräson, raison d’État, ragione di Stato, ratio status regis ou principis*) consiste em *pseudo-argumentos para fazer prevalecer a supremacia das razões (= interesses) políticas sobre as do direito e/ou da moral*. Sendo o Estado um mal perdedor, ele sempre tenta mudar as regras do jogo a seu favor, ainda que o faça ignorando-as.”²⁸⁸

A EC/62, que ordenava a supressão da correção monetária e dos juros na atualização do precatório, é um exemplo de lei desumana, expoliativa, que viola a própria garantia da propriedade, da coisa julgada, do direito adquirido. Outra regra prevista na EC 62, quanto aos precatórios, que permitia a compensação com dívida ativa *sem garantir idêntica contrapartida ao cidadão*.

²⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de Direito*. Gradiva: Lisboa, 1999, p. 12.

²⁸⁷ *Op. Cit.*, p. 30-31 – grifei.

²⁸⁸ BIM, Eduardo Fortunato. “A Razão de Estado na Práxis da Suspensão de Segurança.” In: JOBIM, Eduardo; MARTINS, Ives Gandra da Silva (orgs.). *O Processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, 767-768.

6. A “EMENDA DO CALOTE” (EC 62/09) E A ADI 4.357

6.1 Breve apresentação das inovações trazidas pela “Emenda do Calote”

Não é exagero chamar a EC 62/09 de “emenda do calote”, nome que recebeu no próprio Congresso Nacional, quando de sua tramitação. Tramitação, alias, vergonhosa e que infelizmente não foi objeto de declaração pelo STF, tendo ficado vencido o Mon. Carlos Ayres Britto, relator da ADI 4.357, que entendia (corretamente) que o Senado atropelou vexatoriamente as normas do processo legislativo para aprovação desta emenda, de afogadilho.²⁸⁹ Lamentável que regras tão preciosas do “devido processo legal” não tenham o devido respaldo pelo STF.

Lamentável.

²⁸⁹ Voto do Min. Carlos Ayres Britto, ainda em versão “não-oficial”: “... não houve dois turnos de votação e discussão da matéria no Senado Federal, até porque – e isto é emblemático – a proposta de emenda à Constituição foi aprovada num único dia, no mesmo turno ... da noite.

Sabido que, laboralmente, o dia tem três turnos ou jornadas: a da manhã, a da tarde e a noturna.

15. Seja como for, a pretensa segunda rodada de discussão e votação da emenda sub judice implicou um tipo de arremedo procedimental que não tem como escapar à pecha de fraude à vontade objetiva da Constituição.

Tipo de arremedo que se não for prontamente reconhecido vai tornar, doravante, letra morta o segundo turno de discussão e votação a que solenemente se refere o § 2º do art. 60 da Constituição Federal, verbis: “§ 2º. A proposta [de emenda à Constituição] 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.”

16. Ante o exposto, destaco a arguição de inconstitucionalidade formal para acatá-la. Pelo que declaro a inconstitucionalidade de toda a Emenda Constitucional nº 62, de 09 de dezembro de 2009, pois, repito, o que sucedeu foi um debate e votação tão de cambulhada, respeitosamente o digo, que veio a caracterizar preterição constitucional da espécie autoevidente. E auto-evidente, porque acima de qualquer dúvida interpretativa ou elaboração mental, por aligeirada que seja. Escapismo ritualístico demonstrável por si mesmo, portanto.” (Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4357. , acesso em 15/09/2013)

Mas a “alcunha” de emenda do calote não é exagero. Na verdade todo o mecanismo do “regime especial” criado pela EC 62/09 foi economicamente (e perversamente) pensado com base em um “calote gradativo”, que funciona(ria) em razão da taxa de juros adotada (poupança), na tentativa de “zerar contabilmente” o estoque de precatórios, com o mínimo de dispêndio de recursos do Erário, tendo por base um sistema de confisco parcial e gradativo dos créditos.

Explicaremos melhor este aspecto do “confisco” no item 6.2.

Na história recente da República Brasileira tem sido recorrente o “calote” dos precatórios, por iniciativa constitucional. Tanto é assim que o uso da palavra “calote” para se referir a precatórios é antigo. Castro Nunes, em seu *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, publicado a mais de setenta anos, já utilizava a expressão, quando se referia que municípios e estados-membro também se vinculavam à regra constitucional da execução contra a Fazenda Pública.²⁹⁰

Os ares democráticos e reconciliadores da Constituição Federal de 1988 não chegaram execução contra a Fazenda Pública, que manteve os mesmos ares ditatoriais das anteriores, sem nenhuma inovação de impacto.

Na verdade, a Constituição de 1988 inovou mal, pois trouxe no ADCT do próprio texto originário, em seu art. 33, parcelamento das dívidas consolidadas naquele momento;²⁹¹ Depois, em mais duas oportunidades, o Constituinte derivado renovou os “calotes”; Primeiramente, com a EC 30/00 (ADCT, art. 78²⁹²), que previu parcelamento em dez anos dos

²⁹⁰ Eis o trecho: “Os textos anteriores [referindo-se a Constituição de 1934 e 1937] só aludiam à Fazenda Federal, mas se entendiam compreensivamente os Estados. A disposição, visando coibir o *calote oficial*, de antecedentes conhecidos, e assegurar a eficácia da coisa julgada se estende às condenações da Fazenda estadual, ou municipal, como *garantia implícita* resultante da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição.” (CASTRO NUNES. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 191, nota 21 – grifos no original)

²⁹¹ CF/88, ADCT, art. 33. “Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição.

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

²⁹² CF/88, ADCT, art. 78: “Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.”

precatórios consolidados até aquele momento. Tal norma foi declarada inconstitucional pelo STF, porém somente dez anos após sua promulgação, em uma das cenas mais lamentáveis de “cinismo judiciário” da história do Brasil, tendo em vista que, no momento da declaração (ADI’s 2.356 e 2.362²⁹³), a regra já não mais surtia efeito algum.²⁹⁴

Não obstante, como os parcelamentos da EC 30 não foram cumpridos, novo “calote” veio a lume com a EC 62/2009, desta feita por meio da inclusão do art. 97 no ADCT, prevendo, no inc. II do § 1º deste dispositivo, um parcelamento de quinze anos, dos precatórios consolidados dos órgãos públicos que (i) estivessem com débitos que ultrapassem 2 ou 1,5% de sua receita líquida anual e (ii) optassem pelo “regime especial” previsto neste dispositivo. Novamente, agora em espaço de tempo menos elástico, o STF declarou inconstitucional o parcelamento, e outras regras da EC 62, em Acórdão ainda não publicado, e com declaração de inconstitucionalidade ainda suspensa por decisão do Ministro Luiz Fux,

²⁹³ “(...) 4. O art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 30/2000, ao admitir a liquidação ‘em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos’ dos ‘precatórios pendentes na data de promulgação’ da emenda, violou o direito adquirido do beneficiário do precatório, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Atentou ainda contra a independência do Poder Judiciário, cuja autoridade é insuscetível de ser negada, máxime no concernente ao exercício do poder de julgar os litígios que lhe são submetidos e fazer cumpridas as suas decisões, inclusive contra a Fazenda Pública, na forma prevista na Constituição e na lei. Pelo que a alteração constitucional pretendida encontra óbice nos incisos III e IV do § 4º do art. 60 da Constituição, pois afronta ‘a separação dos Poderes’ e ‘os direitos e garantias individuais’.

5. Quanto aos precatórios ‘que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999’, sua liquidação parcelada não se compatibiliza com o caput do art. 5º da Constituição Federal. Não respeita o princípio da igualdade a admissão de que um certo número de precatórios, oriundos de ações ajuizadas até 31.12.1999, fique sujeito ao regime especial do art. 78 do ADCT, com o pagamento a ser efetuado em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, enquanto os demais créditos sejam beneficiados com o tratamento mais favorável do § 1º do art. 100 da Constituição.

6. Medida cautelar deferida para suspender a eficácia do art. 2º da Emenda Constitucional nº 30/2000, que introduziu o art. 78 no ADCT da Constituição de 1988.” (STF, pleno, m.v., ADI 2.356 MC, rel. Min. Néri da Silveira, rel. p/ Acórdão Min. Ayres Britto, j. em 25/11/2010)

²⁹⁴ CF/88, ADCT, art. 78, com redação dada pela EC 30/00. O texto a seguir foi declarado inconstitucional pelo STF 11 anos depois de sua promulgação (ADI’s 2356 e 2362). Rezava o texto expurgado pelo STF: “Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

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

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

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

§ 4º O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou determinar o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação.”

que será o relator da ADI 4.357, tendo em vista a aposentadoria do relator originário, Min. Carlos Ayres Britto.

Até o momento em que se escreve estas linhas (janeiro de 2014), não se publicaram o Acórdão da ADI 4.357 e, tão pouco, os votos dos Ministros, estando disponível no site do STF, até agora, somente uma versão ainda não oficial do voto do Min. Carlos Ayres Britto,²⁹⁵ que, obviamente, não integrará sozinho o *decisum*, tendo em vista as inúmeras questões que foram objeto de destaque e votadas separadamente, nas quais, nem sempre, prevaleceu o entendimento da relatoria.

Neste capítulo, de posse destas informações, do que se pôde apurar nos *Informativos do STF*, das sessões disponíveis no *youtube*, verificaremos algumas das regras da EC 62, posteriormente, o impacto da decisão do STF sobre estas regras e qual o panorama que se espera verificar com o julgamento do pedido de modulação dos efeitos, solicitado por alguns entes devedores.

Como demonstraremos, a ousadia das medidas anteriores a Emenda Constitucional 62/09 era a de somente propor parcelamentos, que de antemão sabia-se não seriam cumpridos. Mas a EC 62 foi muito além no aviltamento dos direitos dos credores, como se verá no decorrer deste capítulo.

6.1.1 Regime especial

A EC 62/2009 criou mecanismos sofisticados de pagamento e administração dos precatórios vencidos na data de sua promulgação, mas que o STF julgou totalmente inconstitucional (ADI 4.357).

Realmente, algumas das regras que o STF afastou, colidiam frontalmente com pilares da Constituição, como a coisa julgada, tripartição dos Poderes, direito adquirido, direito à razoável duração do processo, entre outros.

Porém, há de se consignar que sem parcelamento é difícil que as administrações públicas paguem suas dívidas. Já demonstrou-se no capítulo 2 deste texto que os valores não são impagáveis, mais exigem um sacrifício importante dos recursos públicos, impossível de ser realizado de uma só vez, há de se reconhecer.

²⁹⁵ Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cm

, acesso em 15/09/2013.

*Em alguns casos, como o do estado do Espírito Santo,*²⁹⁶ *não haverá como buscar o pagamento das dívidas, senão com parcelamentos e outros mecanismos, como o da Federalização dos precatórios.*

Portanto, é necessário estudar alguns dos mecanismos trazidos pela norma declarada inconstitucional, até porque, ao que tudo indica, o STF certamente modulará os efeitos da inconstitucionalidade da EC 62, mantendo em vigor, por certo tempo, alguns dispositivos da malfadada emenda.

E o mais impactante destes dispositivos é o denominado “regime especial”. O tal regime especial, na verdade, traz um amálgama de regras, das quais se destacam, basicamente, duas. O parcelamento, em até quinze anos (que, na verdade, é um parcelamento *ad eternum*), dos precatórios “vencidos e a vencer”, o que corresponde dizer “uma eterna rolagem de dívida”;²⁹⁷ e, também, uma vinculação da receita líquida para pagamento de precatórios, do órgão que aderisse ao sistema.

Vejamos, individualizadamente, estas regras. No entanto, alertamos ao leitor que não profundaremos o debate na maioria destes instrumentos, na medida em que o STF já declarou inconstitucional todas as regras do novel art. 97 do ADCT (ADI 4.357), motivo pelo qual entende-se que não há razão para exaurir a apreciação de normas já afastadas do ordenamento jurídico:

²⁹⁶ Colhe-se do voto do Min. Carlos Ayres Britto na ADI 4.357: “(...) o Estado do Espírito Santo responde por uma dívida judicial de R\$ 9,54 bilhões, aproximadamente. No entanto, nada pagou em precatórios nos últimos dez anos, à exceção de uma liquidação de R\$ 2,5 milhões em 2004, mesmo assim mediante acordo levado a efeito por iniciativa judicial. Esse valor corresponde a ínfimos 0,033% da receita corrente líquida do Estado no exercício 2009. Receita corrente líquida que alcançou a cifra de R\$ 7,5 bilhões. Ajunto: mesmo que se adote a sistemática de reserva de 1,5% da RCL, prevista na emenda constitucional objeto desta ação direta, o Espírito Santo levará 85 anos para quitar seus precatórios, desconsideradas as novas obrigações que surgirem por força de sentença judicial. Situação vexatória para a qual certamente não contribuiram os credores.”

²⁹⁷ Disse o Min. Carlos Ayres Britto em seu voto, na ADI 4.357: “Com a circunstância agravante de que, no caso dos autos: o primeiro dos ‘modelos’ de regime especial de pagamento de precatórios, a que se refere o inciso I do § 1º do art. 97 do ADCT, não tem prazo para acabar. E não tem prazo para acabar porque ‘vigorará enquanto o valor dos precatórios devidos for superior ao valor dos recursos vinculados’, depositados na conta especial (§ 14 do art. 97). *Como o montante de recursos a ser depositado na referida conta está limitado a um pequeno percentual da receita corrente líquida da entidade pública devedora, é de se imaginar que a fila de precatórios só aumentará, principalmente porque a dívida acumulada em todos esses anos de ostensivo descaso por parte de algumas unidades da Federação ingressará no regime especial, conforme o § 15 do art. 97 do ADCT.*” (grifamos)

6.1.2 Parcelamentos

Aos Poderes Executivos dos estados, do distrito federal e dos municípios que mantivessem dívidas vencidas em precatórios superiores a 2% da arrecadação líquida, foi franqueada a possibilidade de optar por um entre dois “modelos” de regime especial de pagamento de precatórios (§ 1º do art. 97 da ADCT):

O primeiro sistema, previsto no inciso I do § 1º do art. 97, opera da seguinte forma: os entes “depositarão mensalmente, em conta especial criada para tal fim, 1/12 (um doze avos) do valor calculado percentualmente sobre as respectivas receitas correntes líquidas”, conforme § 2º do art. 97 do ADCT, “para saldar os precatórios, vencidos e a vencer”. Os percentuais do depósito a que alude o § 1º variam de 1 a 2% do previsto para “receitas correntes líquidas”, conforme a região em esta localizado o ente e o estoque de precatórios em atraso (incisos I e II do § 2º). Este modelo de regime especial “vigora enquanto o valor dos precatórios devidos for superior ao valor dos recursos vinculados”, depositados na conta especial (§ 14), razão pela qual defendemos que é requisito para opção ao regime especial que o estoque de precatórios, em 2009, necessariamente deve ser maior que os 2% estimados para receita corrente líquida mensal.

Mas há outro sistema, no qual – basicamente – divide-se por quinze o valor dos precatórios devidos, obrigando-se o ente a depositar uma parcela anual de quinze avos, para quitar suas dívidas (§ 14 do art. 97 do ADCT).

É possível que tais normas acabem por se perpetuar por mais algum tempo em nosso ordenamento, tendo em vista que vários Entes Públicos que aderiram ao regime requereram ao STF modulação dos efeitos da ADI 4.357 e, entende-se que, com algumas alterações e adaptações, é possível que o regime seja, sim, uma saída que concretiza os direitos dos credores da Fazenda Pública.

Como explicitaremos no item 6.2, a combinação do parcelamento com a desejada taxa de juros da caderneta de poupança são as características que permitem chamar a EC 62/2009 de “Emenda do Calote”, posto que matematicamente engendrada para que a “quitação” das dívidas dos Estados e Municípios se dessem às custas de confisco, de expropriação de parcela dos valores da condenação em favor dos entes de direito público devedores.

Deixaremos para o fim deste capítulo as ponderações da manutenção do “regime especial”, em sede de modulação dos efeitos de sua decisão.

6.1.3 Administração centralizada dos precatórios: nova tarefa dos tribunais

O ponto em que os dois sistemas de “regime especial” diferem é o da periodicidade de pagamento das parcelas (mensal / anual). Porém, no mais, convergem os dois modelos de pagamento dos precatórios.

Um dos pontos que convergem os dois sistemas e, embora esteja previsto no art. 97 da ADCT já expungido do sistema, continuará vigorando, pois também repetido no 6º do art. 100 da CF, é a administração do pagamento pelos tribunais e, não mais, pelos entes devedores. Particularmente, no que tange os parcelamentos, serão abertas contas, e “as contas especiais de que tratam os §§ 1º e 2º serão administradas pelo Tribunal de Justiça local, para pagamento de precatórios expedidos pelos tribunais” (§ 4º) e, ao menos 50% (cinquenta por cento) dos recursos “serão utilizados para pagamento de precatórios em ordem cronológica de apresentação” (§ 6º).

Passou, então, com a EC 62/09 ser ônus e responsabilidade dos tribunais a administração do complexo sistema de precatórios que o constituinte engendrou; o diagnóstico feito pelo CNJ em 2012 revelou que a estrutura amadora dos tribunais – e aqui, serve de paradigma o Tribunal de Justiça de São Paulo – é, hoje, também um importante entrave para a efetividade do processo contra a Fazenda Pública.

Mas não só o TJ/SP.

Para feitura desta tese, com base na Lei de Informações, indagou-se ao Conselho Nacional de Justiça sobre o montante global de precatórios, ou se existia algum relatório neste sentido – diferente dos relatórios regionais que o CNJ já publica.

Entretanto, o CNJ não dispõe de informações.

Eis o pedido:

Caríssimos Membros do Colendo FONAPREC.,

Para fins de subsidiar trabalho acadêmico de doutoramento perante a UFMG, questiono se este órgão detém dados atualizados sobre o montante da dívida de precatórios, no Brasil e se poderiam disponibilizar estas informações.

Desde já, grato!

Sds.,

Márcio Maidame

Eis a resposta:

Prezado Senhor,

Em consulta ao Departamento de Pesquisa Jurídicas deste Órgão, obtivemos a informação de que não possuímos dados acerca do montante da dívida de precatórios no Brasil. Para maiores esclarecimentos, forneço os números de telefone do Departamento de Pesquisas Jurídicas do CNJ. Tef (61) 2326 5261/2326 5257.

Atenciosamente,

Wildice Lima Ferro Cabral

Assessora-Chefe

Gabinete da Conselheira Ana Maria Duarte Amarante Brito

Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

Supremo Tribunal Federal, Anexo I,

3º Andar, Sala 351, Pça. dos Três Poderes, Brasília/DF

A ausência de controle, auditoria, planejamento, estimativas, previsões, estatísticas é absoluta.

Só para exemplificar o que dizemos, há mais de um bilhão de reais em depósitos²⁹⁸ na conta especial do município de São Paulo, sem o respectivo pagamento, pois o “sistema” do Tribunal de Justiça ainda não foi devidamente implementado (informação de março de 2013), revelando que embora tenham se passado quase cinco anos da aprovação da EC 62 muito pouco, ou nada, foi feito para efetivar o direito dos credores da Fazenda Pública em São Paulo e, quiçá, em outros estados da federação.

É hora de um “pacto republicano” em que o Poder Judiciário também reconheça sua parcela de responsabilidade no caótico cenário do adimplemento dos precatórios.

6.1.4 Leilão reverso

Como se disse acima, 50% dos recursos são vinculados ao pagamento de precatórios, na estrita ordem cronológica, com preferência dos alimentares. Porém o Constituinte Derivado deixou margem à administração pública devedora manobrar os outros 50% destes recursos (§ 8º do art. 97 do ADCT). Poderá o órgão devedor, de acordo com esta regra, usar estes recursos para:

²⁹⁸ “1. Fazenda Pública Municipal de São Paulo (regime mensal). No período discriminado houve repasse de aproximadamente R\$ 1.200.000.000,00 (um bilhão e duzentos mil reais) sendo que se encontra nas contas do TJSP R\$ 967.643.355.13, disponíveis para liquidação de precatórios.” Relatórios que integram as Portaria nº 10, de 24 de fevereiro de 2012 e Portaria nº 11, de 27 de fevereiro de 2012, da Corregedoria Nacional de Justiça.

- a) leilão (inciso I do § 8º), realizado “na modalidade deságio ... ou por outro critério a ser definido em edital” (inciso VII do § 9º);
- b) pagamento à vista, “em ordem única e crescente de valor por precatório” (inciso II do § 8º);
- c) “pagamento por acordo direto com os credores, na forma estabelecida por lei ... que poderá prever criação e forma de funcionamento de *câmara de conciliação*” (inciso III do § 8º).

Depois das regras dos juros, entende-se que esta é a mais perversa de todas as aprovadas na EC 62/09. O Estado usará do tempo que se passou sem o pagamento dos precatórios para obrigar o particular a receber uma *migalha* do seu direito. Como, na lição de Eduardo Fortunato Bim, “o Estado um mal perdedor, ele sempre tenta mudar as regras do jogo a seu favor,”²⁹⁹ e, jogando com o tempo, procrastinando o pagamento de suas condenações por décadas, amplificando o “dano marginal”³⁰⁰ a proporções inimagináveis, este sistema de leilão acaba apenas por positivar a possibilidade do Estado-devedor pagar *quanto quiser* ao credor, e não o que lhe foi reconhecido em sentença, como bem verificou o Min. Carlos Ayres Britto.³⁰¹

Qual opção o jurisdicionado tem? Receber metade, ou nada? Que leilão é esse que se realiza única e exclusivamente em detrimento dos direitos do credor? A regra só teria alguma eficácia se combinada com a possibilidade de utilização dos precatórios para pagamento de tributos, mesmo de terceiros. Daí, sim, o particular competiria com a Fazenda Pública no resgate de precatórios, para quitar tributos em atraso, por exemplo.

²⁹⁹ BIM, Eduardo Fortunato. “A Razão de Estado na Práxis da Suspensão de Segurança.” In: JOBIM, Eduardo; MARTINS, Ives Gandra da Silva (orgs.). *O Processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, 767-768.

³⁰⁰ ANDOLINA, Italo. “*Cognizione*” ed “*Esecuzione Forzata*” nel Sistema della Tutela Giurisdizionale. Milano: Giuffrè, 1983, p. 16-17.

³⁰¹ “Com a devida vênia daqueles que entendem diversamente, penso adequada a referência dos autores à Emenda Constitucional nº 62/2009 como a ‘emenda do calote’. Calote que termina por ferir o princípio da moralidade administrativa, que se lê no caput do art. 37 da Constituição Federal, na medida em que se reconheça – como pessoalmente reconheço – o adimplemento das próprias dívidas como um dos necessários conteúdos do princípio da moralidade administrativa. Noutros termos, o Estado reconhece que não cumpriu, durante anos, as ordens judiciais de pagamento em desfavor do Erário; propõe-se a adimpli-las, mas limitado o valor a um pequeno percentual de sua receita. Com o que efetivamente força os titulares de créditos assim inscritos a levá-los a leilão. Certame em que o objeto a ser ‘arrematado’ é o direito à execução de sentença judicial transitada em julgado! E que tem por ‘moeda’, exatamente, o perdão de parte desse direito! Pelo que se verifica, de pronto, a inconstitucionalidade do inciso I do § 8º e de todo o § 9º, ambos do art. 97 do ADCT.” (Min. Carlos Ayres Britto, Voto na ADI 4.357)

Entretanto a interpretação “fazendeira”³⁰² que o Judiciário sempre deu aos precatórios, não permitindo que fossem oferecidos em penhora nas execuções fiscais pelo valor de face e, sim, “avaliados” de acordo com o “perfil” (desonesto) do ente devedor,³⁰³ permitindo, ainda, que o próprio ente devedor recuse seus precatórios dados em penhora,³⁰⁴ é mais um capítulo estarrecedor da denegação de Justiça e leniência da toga com os tiranos.

É fato, porém, que tal situação já acontece com aqueles que premidos pela absoluta ausência de pagamentos, cede a “preço de banana” os precatórios, chegando alguns a defender o dispositivo porque seria mais “moral” lucrar o Estado, com sua mora, que um particular, no mercado de cessões de precatórios.³⁰⁵ *Data maxima venia*, nem ao Estado e nem ao particular

³⁰² “Não vos mistureis com os togados, que contraíram a doença de achar sempre razão ao Estado, ao Governo, à Fazenda; por onde os condecora o povo com o título de ‘fazendeiros’. Essa presunção de terem, de ordinário, razão contra o resto do mundo, nenhuma lei a reconhece à Fazenda, ao Governo, ou ao Estado. Antes, se admissível fosse aí qualquer presunção, havia de ser em sentido contrário; pois essas entidades são as mais irresponsáveis, as que mais abundam em meios de corromper, as que exercem as perseguições, administrativas, políticas e policiais, as que, demitindo funcionários indemissíveis, rasgando contratos solenes, consumando lesões de toda a ordem (por não serem os perpetradores de tais atentados os que os pagam), acumulam, continuamente, sobre o tesouro público terríveis responsabilidades.” (BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 55)

³⁰³ “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. PRECATÓRIO. AVALIAÇÃO. NECESSIDADE. VALOR NOMINAL. INVIABILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.” (STJ, 1ª T., m.v., REsp 1.059.881/RS, Rel. Ministro Luiz Fux (vencido), Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j. em 27/04/2010). *Data venia*, o voto-vencido do Min. Luiz Fux representa a indignação e a adequada solução jurídica aos precatórios inadimplidos: “No mérito, cinge-se a controvérsia acerca da necessidade de avaliação do crédito representado por precatório, emitido pela própria exequente, que foi oferecido à penhora pelo executado. Não assiste razão à fazenda estadual. *Isto porque, o crédito consubstanciado em precatório prescinde de avaliação no ato da penhora, porquanto vale o que nele está previsto, máxime por suas características de certeza e liquidez, que se exacerbam quando o próprio exequente pode aferir-lhe a inteireza*. Ademais, conforme restou fundamentado pelo tribunal de origem, ‘a desvalorização alegada pelo agravante se dá pela insistência do próprio Estado e de suas autarquias em não cumprirem seus deveres legais, não pagando os precatórios nos prazos instituídos’ (fls. 411). Com efeito, a avaliação do precatório implicaria reconhecer a legitimidade da recusa do pagamento do mesmo e por isso o suposto deságio no ato da alienação, *admitindo à Fazenda Pública locupletar-se da própria torpeza*. Destaque-se, finalmente, que a suposta desvalorização do precatório no ato da cessão do crédito é matéria fático insuscetível de apreciação nesta via especial, ante o óbice da Súmula 07/STJ.” (grifamos).

³⁰⁴ “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DE BEM PENHORADO POR PRECATÓRIO. INVIABILIDADE.

(...)

4. Não se equiparando o precatório a dinheiro ou fiança bancária, mas a direito de crédito, pode o Fazenda Pública recusar a substituição por quaisquer das causas previstas no art. 656 do CPC ou nos arts. 11 e 15 da LEF.

5. Recurso especial representativo de controvérsia não provido. Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008.” (STJ, 1ª Seção, v.u., REsp 1.090.898/SP, rel. Castro Meira, j. em 12/08/2009)

³⁰⁵ “Os leilões e acordos podem reduzir drasticamente o estoque de precatórios. Alguns devedores, seguramente, não lograrão liquidar a dívida no prazo constitucional, caso não optem pela realização de leilões e acordos, motivo pelo qual passamos a entender, pelo contexto fático, que a medida não vulnera o Princípio da Moralidade, mormente porque atualmente existe um mercado paralelo de precatórios (cessões) que oferece preços aviltantes para a aquisição. Nessas circunstâncias, o ingresso das Fazendas Públicas para negociarem diretamente, oferecendo um deságio de até 50%, não descumpra o Princípio da Moralidade, pelo contrário, o

é dado abusar da miséria alheia, praticando uma espécie de *lesão*. Não compactua nada com a moralidade “reconhecer constitucionalmente” esta vergonha, positivando-a, permitindo que o próprio ente estatal resgate estes valores desvalorizando o título executivo. Trata-se de verdadeiro aviltamento do cidadão, na expressão de Júlia do Couto Perez e Ives Gandra da Silva Martins Filho.³⁰⁶ Em boa hora o STF a extirpou esta regra do ordenamento jurídico.

No mais, tratava-se também de ingenuidade do Constituinte Derivado (e de alguns doutrinadores³⁰⁷), que esperavam que com tal permissão constitucional, as administrações públicas quitariam seus débitos, haja vista as condições vantajosas permitidas. Mas qual o quê? Os administradores públicos “perderam o medo”; querem *é não pagar nada*. Tanto que não há notícia de que um tribunal sequer tenha realizado estes leilões, a só indicar que o estado de inadimplência não será alterado sem regras mais rígidas do ponto de vista do direito sancionador. Benesses econômicas não são suficientes para atrair ao adimplemento uma sociedade em cuja grave crise gravita no âmbito *moral e não no material*.

6.1.5 Diminuição das hipóteses de sequestro

Para garantir que o sistema do regime especial não seja inviabilizado por decisões judiciais inovadoras, como as do Tribunal de Justiça de São Paulo, que criaram o tal do “precatório humanitário”,³⁰⁸ estabeleceu, também, o Constituinte Derivado, restrição ao sequestro de numerário dos entes devedores, nos termos do § 13 do art. 97 do ADCT.

Logo, caso o Ente de Direito Público tenha optado por um dos dois regimes especiais de pagamento de sua dívida judicial, não poderá sofrer nenhuma espécie de sequestro de verbas, “exceto no caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e o § 2º deste artigo”.

contexto justifica a investida do Poder Público, mesmo reconhecendo que a caótica situação tenha sido determinada pelo próprio Estado.” (SALLES, Venício. “Emenda Constitucional n 62, de 9/12/2009, e o Regime Especial Destinado à Liquidação da Mora do Pagamento de Precatórios.” *Revista do Advogado* 111/59-60)

³⁰⁶ PEREZ, Júlia do Couto. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. “O Regime Especial de Precatórios da Emenda Constitucional n 62 e a Resolução 115 do CNJ.” *Revista do Advogado* 111/34.

³⁰⁷ Depositando esperanças que o sistema de leilões lograria algum êxito no pagamento dos precatórios: SALLES, Venício. “Emenda Constitucional n 62, de 9/12/2009, e o Regime Especial Destinado à Liquidação da Mora do Pagamento de Precatórios.” *Revista do Advogado* 111/59;

³⁰⁸ “... José Carlos Nogueira requer o seqüestro liminar de rendas públicas do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, por ser titular de cota-parte do precatório nº EP-00398/04, Ordem Cronológica nº 91/05, de natureza alimentar, não quitado pelo devedor. (...) com fundamento no constitucional princípio da dignidade humana, diante da excepcional moléstia que acomete o Requerente, defiro a liminar de seqüestro...” (TJ-SP, despacho monocrático do Presidente do Tribunal, Pedido de Sequestro de Rendas Públicas 147.048.0/1-00, rel. Des. Celso Limongi, j. em 03/08/2007, *DOESP* 07/08/2007)

Outra triste, pois manietava ainda mais o Poder Judiciário na execução de suas decisões. Felizmente tal regra foi retirada de nosso ordenamento jurídico no bojo da ADI 4.357.

6.1.6 Repasse e vinculação orçamentária: o endurecimento das sanções e a quitação de tributos do contribuinte-credor com o produto de precatórios inadimplidos

Antes de tudo, é preciso dizer que mesmo tendo o STF julgado o art. 97 do ADCT inconstitucional, ainda é possível que a União aprove uma Lei Complementar que imponha aos entes federados um regime de pagamento de precatórios, com obrigatoriedade de repasse mínimo e periódico da “receita corrente líquida” aos Tribunais, para quitação das dividas judiciais, regra cuja redação é essa:

Art. 100 da CF, § 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.”

Porém, tal regra depende de iniciativa parlamentar até agora não concretizada.

Voltando ao art. 97 da ADCT, para tentar garantir que o sistema dos “regimes especiais de pagamento” funcionasse, o Constituinte Derivado trouxe um leque de providências que endureciam as sanções para o caso, especialmente, de não repasse tempestivo das verbas, devidamente previstas no § 10 do art. 97 do ADCT, *verbis*:

ADCT, art. 97, § 10. “No caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e os §§ 2º e 6º deste artigo:

I – haverá o 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 – constituir-se-á, alternativamente, por ordem do Presidente do Tribunal requerido, em favor dos credores de precatórios, contra Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, direito líquido e certo, autoaplicável e independentemente de regulamentação, *à compensação automática com débitos líquidos lançados por esta contra aqueles*, e, havendo saldo em favor do credor, o valor terá automaticamente *poder liberatório do pagamento de tributos de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores*, até onde se compensarem;

III – o chefe do Poder Executivo *responderá* na forma da legislação de *responsabilidade fiscal* e de *improbidade administrativa*;

IV – enquanto perdurar a omissão, a entidade devedora:

a) *não poderá contrair empréstimo* externo ou interno;

b) *ficará impedida de receber transferências voluntárias*;

V – a *União reterá* os repasses relativos ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e ao Fundo de Participação dos Municípios, *e os depositará nas contas especiais* referidas no § 1º, devendo sua utilização obedecer ao que prescreve o § 5º, ambos deste artigo.” (grifos nossos)

A regra em comento traz alguns pontos que, *data venia*, deveriam ter sido mantidas pelo STF, embora entenda-se que seria uma construção deveras peculiar mantê-las, tendo em vista que foram arquitetadas pelo Constituinte Derivado para operar dentro do “regime especial”, engendrado pela norma, sendo difícil a manutenção isolada destas medidas, divorciadas daquelas anteriores. Explica-se: as sanções previstas [(i) compensação do precatório com tributos, (ii) punição ao chefe do Executivo inadimplente e (iii) restrições financeiras) foram previstas para a ausência de repasse, dentro do regime especial, sendo questionável a aplicabilidade dessas regras fora deste contexto. Obviamente, se em sede de decisão de modulação dos efeitos, o STF entender pela manutenção temporária do regime especial, impõe-se a manutenção deste feixe de regras moralizantes, para que o império da decisão da Suprema Corte brasileira não fique prejudicado.

Além disso, a outro ponto lamentável da EC , particularmente no que tange a regra prevista no III do 10 do ADCT. Com a redação que lhe foi dada, o dispositivo pode dar margem ao entendimento (incorreto) de que o chefe do Poder Executivo *que não garantir os repasses previstos no bojo do sistema de “regime especial de pagamento de precatórios”* responderá, na forma da legislação, pelas infrações à lei de responsabilidade fiscal e à de improbidade administrativa,³⁰⁹ mas não estaria passível de sofrer estas punições, no caso de não quitar precatórios fora do regime especial. *Data venia* na verdade, todos os chefes e executivo que não repassaram os valores e precatórios previstos em orçamento, devem responder por ofensa a estas regras, independente de o ente que governam aderir, ou não, ao “regime especial”.

Por fim, as regras que previam a quitação de tributos com precatórios não adimplidos e restrições financeiras aos entes públicos inadimplentes, ainda que declaradas inconstitucionais, serão melhor debatidas nos itens 8.1 e 8.2 deste texto.

³⁰⁹ Também lamentando que regra não tenha sido colocada na disciplina geral dos precatórios: DANTAS, Francisco Wildo. *Execução Contra a Fazenda Pública: regime de precatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 375.

6.2 Juros moratórios

A história polêmica dos juros sobre os precatórios é antiga e sempre mostra o Poder Judiciário contra os interesses do cidadão. Curioso notar que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a regra da compensação dos precatórios com as dívidas fiscais, por ausência de igualdade do Fisco para com o credor/contribuinte, mas em relação aos juros chancela, em sua jurisprudência, regras extremamente draconianas contra o particular quando credor (vide Súmula Vinculante 17), diferente das regras que vigem para os juros na execução das dívidas fazendárias, na qual o contribuinte deve pagar o tributo atualizado *pro rata die*.

Na verdade, como o próprio Min. Carlos Ayres Britto diz em seu voto na ADI 4.357, o Supremo Tribunal Federal consolidou sua jurisprudência no sentido de que:

- a) “o valor do crédito constante de precatório deve ser atualizado monetariamente, - também a partir de 1º de julho do exercício de sua expedição, até a data do efetivo pagamento” (RE 212.285- AgR, Rel. Min. Néri da Silveira);
- b) “durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos” (Súmula Vinculante nº 17), sendo cabíveis os juros moratórios apenas “se houver atraso no pagamento” (AI 643.732-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia);
- c) “não são devidos [juros compensatórios] ainda que o pagamento do precatório tenha ocorrido a destempo” (AI 494.526-ED-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

A EC 62/09, do estrito ponto de vista do *dies a quo* e *dies ad quem* e forma de cálculo não inovou no § 12 do art. 100, com a redação que lhe deu a EC 62/09.

Nem se discutirá aqui a injustiça destes modos de cálculo da correção e dos juros dos precatórios que, por si só, representam um aviltamento aos mais comezinhos princípios do direito ressarcitório: o da *restitutio in integrum*, que certamente integra as garantias do direito de propriedade – como já reconheceu a Corte Interamericana de Direitos Humanos³¹⁰ – e da coisa julgada. Logo, no que tange a forma de cálculo de juros, embora – repita-se – flagrantemente injusta e desigual (e, portanto, inconstitucional como ensina Juarez Freitas³¹¹), não haveria como o STF declarar a inconstitucionalidade destes dispositivos (§ 12 do art. 100), pois o mesmo apenas reflete a sua própria jurisprudência – firmada até em sede de Súmula Vinculante (n. 17).

³¹⁰ JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos Humanos e sua Efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 161.

³¹¹ “... sem sucumbir aos arroubos de um Direito livre, deve compreender que a única forma de ser fiel a uma norma iníqua é não aplicá-la, pois esta é a sua correta aplicação. E mais: *toda norma injusta, por contrariar os princípios de justiça, esculpidos no topo do ordenamento jurídico, é, substancialmente e manifestamente, inconstitucional.*” (FREITAS, Juarez. *A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta*. Porto Alegre: Vozes, 1989, p. 107 – grifos no original)

Porém, a alteração que realmente é inaceitável e foi devidamente rechaçada pelo STF foi a inovação introduzida no tocante ao índice de correção: o uso da “taxa Referencial” que remunera a caderneta de poupança. Eis as conclusões do voto do Min. Ayres Brito:

“Se há um direito subjetivo à correção monetária de determinado crédito, direito que, como visto, não difere do crédito originário, fica evidente que o reajuste há de corresponder ao preciso índice de desvalorização da moeda, ao cabo de um certo período; quer dizer, conhecido que seja o índice de depreciação do valor real da moeda – a cada período legalmente estabelecido para a respectiva medição –, é ele que por inteiro vai recair sobre a expressão financeira do instituto jurídico protegido com a cláusula de permanente atualização monetária.

É o mesmo que dizer: medido que seja o tamanho da inflação num dado período, tem-se, naturalmente, o percentual de defasagem ou de efetiva perda de poder aquisitivo da moeda que vai servir de critério matemático para a necessária preservação do valor real do bem ou direito constitucionalmente protegido.

34. O que determinou, no entanto, a Emenda Constitucional nº 62/2009? Que a atualização monetária dos valores inscritos em precatório, após sua expedição e até o efetivo pagamento, se dará pelo ‘índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança’.

Índice que, segundo já assentou este Supremo Tribunal Federal na ADI 493, não reflete a perda de poder aquisitivo da moeda. Cito passagem do minucioso voto do Ministro Moreira Alves:

‘Como se vê, a TR é a taxa que resulta, com a utilização das complexas e sucessivas fórmulas contidas na Resolução nº 1085 do Conselho Monetário Nacional, do cálculo da taxa média ponderada da remuneração dos CDB/RDB das vinte instituições selecionadas, expurgada esta de dois por cento que representam genericamente o valor da tributação e da ‘taxa real histórica de juros da economia’ embutidos nessa remuneração.

Seria a TR índice de correção monetária, e, portanto, índice de desvalorização da moeda, se inequivocamente essa taxa média ponderada da remuneração dos CDB/RDB com o expurgo de 2% fosse constituída apenas do valor correspondente à desvalorização esperada da moeda em virtude da inflação.

Em se tratando, porém, de taxa de remuneração de títulos para efeito de captação de recursos por parte de entidades financeiras, isso não ocorre por causa dos diversos fatores que influem na fixação do custo do dinheiro a ser captado.

(...) A variação dos valores das taxas desse custo prefixados por essas entidades decorre de fatores econômicos vários, inclusive peculiares a cada uma delas (assim, suas necessidades de liquidez) ou comuns a todas (como, por exemplo, a concorrência com outras fontes de captação de dinheiro, a política de juros adotada pelo Banco Central, a maior ou menor oferta de moeda), e fatores esses que nada têm que ver com o valor de troca da moeda, mas, sim – o que é diverso -, com o custo da captação desta.’

35. O que se conclui, portanto, é que o § 12 do art. 100 da Constituição *acabou por artificializar o conceito de atualização monetária*. Conceito que está ontologicamente associado à manutenção do valor real da moeda.

Valor real que só se mantém pela aplicação de índice que reflita a desvalorização dessa moeda em determinado período.

Ora, se a correção monetária dos valores inscritos em precatório deixa de corresponder à perda do poder aquisitivo da moeda, o direito reconhecido por

sentença judicial transitada em julgado será satisfeito de forma excessiva ou, de revés, deficitária.

Em ambas as hipóteses, com enriquecimento ilícito de uma das partes da relação jurídica.

E não é difícil constatar que a parte prejudicada, no caso, será, quase que invariavelmente, o credor da Fazenda Pública.

Basta ver que, nos últimos quinze anos (1996 a 2010), enquanto a TR (taxa de remuneração da poupança) foi de 55,77%, a inflação foi de 97,85%, de acordo com o IPCA.

36. Não há como, portanto, deixar de reconhecer a inconstitucionalidade da norma atacada, na medida em que a fixação da remuneração básica da caderneta de poupança como índice de correção monetária dos valores inscritos em precatório implica indevida e intolerável constrição à eficácia da atividade jurisdicional.

Uma afronta à garantia da coisa julgada e, por reverberação, ao protoprincípio da separação dos Poderes.”

Na verdade todo o mecanismo do “regime especial” foi economicamente (e perversamente) pensado com base na taxa de juros de poupança, na tentativa de “zerar contabilmente” o estoque de precatórios, com o mínimo de dispêndio de recursos do Erário, em um sistema de confisco parcial e gradativo dos créditos.

Explica-se.

Como se sabe, em regra, são devidos pela mora no pagamento de condenações judiciais juros moratórios, em regra de 1% ao mês, acrescidos de correção monetária. O que permite dizer que toda a dívida de precatórios é corrigida, anualmente, em – no mínimo – 12%.

Em 15 anos, a dívida de precatórios deveria ser corrigida em 180% só de juros, se contar a correção monetária.

Porém, qual a matemática da EC 62? Estancar o pagamento dos juros, fazendo com que uma parcela mínima do que realmente é devido, por mês, acabe “quitando” a dívida (só *parcialmente*, ou melhor, *artificialmente*), pois em 15 anos, o percentual de juros + correção, pela poupança, não chega nem a metade do percentual dos juros legais / judiciais.

Assim, na verdade, o ente devedor pagaria *A DÍVIDA TODA somente com o parte dos recursos que seriam necessários para pagar o “SERVIÇO DA DÍVIDA”*, ou seja, um “negócio da China.” Como disse o Min. Carlos Ayres Britto, “basta ver que, nos últimos quinze anos (1996 a 2010), enquanto a TR (taxa de remuneração da poupança) foi de 55,77%, a inflação foi de 97,85%, de acordo com o IPCA” e que no mesmo período, seriam devidos juros de 180% + correção, para se chegar a conclusão da perversa lógica matemática que está

por trás da Emenda Constitucional 62/09. A regra do parcelamento+juros da EC 62 foi arditosamente arquitetada para confiscar *escandaradamente* o particular credor da Fazenda Pública, com um sistema de “pagamento” que, na verdade, é um sistema de extinção contábil e gradativa da dívida, com o repasse mensal, ou anual, de valores que, ao final, são apenas simbólicos, se levado em consideração o que efetivamente deveria ser pago.

Ainda que o STF module os efeitos da EC 62 é necessário que a regra dos juros de poupança seja objeto de declaração de inconstitucionalidade *es tunc*, pois do contrário o STF estará chancelando um dos maiores confiscos da história recente, talvez comparável com o confisco que a Alemanha nazista do III Reich efetivou sobre os bens dos judeus.

6.3 O surgimento de uma terceira modalidade de precatórios: os superpreferenciais

O § 2º do art. 100 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/2009 criou nova espécie de credor de precatórios, com “super-privilégios”, em dispositivo cuja redação é a seguinte:

“§ 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.”

(a partir riscada foi declarada inconstitucional pelo STF na ADI 4.357)

Antes de adentrar as especificidades do dispositivo, frise-se que a expressão “na data de expedição do precatório” está retirada do texto, tendo em vista o acolhimento da ADI 4.357 do STF.

Resta vigente, então, e passível de apreciação, o restante do dispositivo, que cria duas figuras novas, a saber:

Primeiro,

Uma nova espécie de precatório privilegiado (“super-privilegiado”), cujos titulares atendam dois requisitos concomitantes: (i) o primeiro requisito é de natureza objetiva, ou seja, a natureza do crédito que originou o precatório é alimentar e, (ii) o segundo requisito é de natureza subjetiva, o titular tem idade maior ou igual a 60 anos e/ou possui doença considerada pela lei como grave.

Segundo,

O modo de pagamento deste “super-privilégio”, que incide parcialmente sobre os créditos dos precatórios que se enquadrem nos dois requisitos (alimentares + credor com sessenta ou mais e/ou portador de doença considerada grave pela lei): o “super-privilégio” incide apenas até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei, como obrigação de pequeno valor, prosseguindo pelas regras ordinárias do precatório o que sobejar.

Imaginemos um precatório federal, reconhecidamente alimentar, de uma pessoa com mais de sessenta anos e/ou portador de doença reconhecida pela lei como grave, cujo valor seja, por exemplo, de R\$ 200.000,00. Pela regra do § 2º do art. 100 da CF, com a redação que lhe deu a EC 62, o equivalente a (3 x 60 salários mínimos x R\$ 724,00 =) R\$ 130.720,00 seriam pagos na forma prevista para o RPV e o restante (R\$ 69.280,00) por meio de precatório.

Outro exemplo. Em São Paulo, por força do artigo 3º da Lei Estadual 11.377/03, o valor máximo da RPV corresponde a 1.135,2885 (um mil centro e trinta e cinco) UFESP’s (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo), quando o requisitado é o estado de São Paulo, suas Autarquias e Fundações Públicas. Tais unidades têm, hoje, o valor de R\$ 20,14. Para um precatório de R\$ 200.000,00 seriam pagos como RPV o equivalente a (3 x 1.135,2885 x R\$ 20,14 =) R\$ 68.594,13, sendo que os restantes R\$ 131.405,87 pagos como precatório.

Se matematicamente a regra não traz questão mais desafiadora, juridicamente dois pontos precisam ser sopesados.

A Ordem dos Advogados do Brasil, em sua petição inicial da ADI 4.357, formulou pedido da decretação da inconstitucionalidade do seguinte fraseado: “*até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo*”, defendendo que o “super-privilégio” deveria se estender sobre todo o montante, tendo em vista que desde o texto originário da CF/88 não se permite o fracionamento de precatórios e, também, porque os precatórios alimentares devem ser pagos de uma única vez, já existindo um privilégio natural destes créditos.

Data venia, o entendimento da OAB não deveria mesmo ter prevalecido, como de fato não prevaleceu. A ADI não foi procedente neste pedido, e as razões do Ministro Carlos Ayres Britto, entende-se, são constitucionalmente adequadas.

Explica-se: A regra criou um benefício adicional ao precatório alimentar daqueles que têm mais idade ou são portadores de doença grave, *não relativizando os privilégios que estes créditos já tinham antes da EC 62/09*. Ou seja, houve um *plus*, não um *minus* de efetividade e, aqui, entra a sábia discricionariedade administrativa de estabelecer um teto ao valor de uma prestação positiva do Estado, impassível de crítica: o cidadão com idade avançada e/ou portador de doença grave receberá, em noventa dias, uma parte do seu crédito – concretizando a promessa constitucional de duração razoável do processo, sendo que o restante será pago de acordo com as regras que já se aplicariam, de qualquer forma, ao precatório alimentar.

Entende-se que o desejo da OAB era o de que os credores idosos e/ou portadores de doença grave recebessem seus créditos, *todos*, em noventa dias, ideia com a qual se concorda e aplaude-se; porém, há de se reconhecer que o Poder Constituinte derivado pode sim estabelecer políticas públicas com limites qualitativos e quantitativos que, desde que fundadas em *discrímen* razoáveis e proporcionais, como os da hipótese em estudo. Obedecidos estes critério, as escolhas políticas são, legitimamente, insindicaíveis. Neste sentido, pede-se vênua para transcrever trecho do voto do Min. Carlos Ayres Britto que assim entende-se, dando desfecho adequado à matéria:

“... a emenda atacada, numa primeira análise, apenas criou um benefício para as pessoas idosas e aquelas portadoras de doença grave. *Benefício que não existia anteriormente*. Donde me parecer reverente aos princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da proporcionalidade a limitação dessa *nova* preferência ao triplo do fixado em lei como obrigação de pequeno valor. É dizer: o poder de reforma constitucional bem pode instituir um benefício (preferência entre os débitos já favorecidos) mais amplo (o pagamento integral, por exemplo)! Como também pode deixar de instituí-lo. E se é assim, incontroverso que pode fazê-lo por modo limitado, segundo a parêmia do ‘quem pode o mais pode menos’, aqui perfeitamente aplicável. Além disso, a quantia sobejante ‘será [paga] na ordem cronológica de apresentação do precatório’, *respeitada, obviamente, a preferência do § 1º do art. 100, porque o alimentar é o que há de mais elementar*. Em outras palavras, a quantia correspondente ao triplo da fixada em lei como obrigação de pequeno valor sai de uma lista preferencial de precatórios (a dos débitos de natureza alimentícia) para outra ainda mais favorecida. Só e só. Daí não se cogitar (pelo menos neste ponto) de vulneração à autoridade das decisões judiciais. Os débitos serão pagos integralmente, como seriam se não houvesse a norma do § 2º do art. 100 da Magna Carta.”

Francisco Wildo Lacerda Dantas não vê na regra avanço, defendendo que regra de tal jaez deveria ser desnecessária, tendo em vista que os precatórios alimentares deveriam ser

rapidamente pagos.³¹² *Data venia*, equivocava-se o autor, pois mesmo os precatórios alimentares devem ter seu trâmite de acordo com o art. 100 da CF, o que implica dizer que é impossível serem resgatados em prazo inferior a um ano, mesmo nas administrações que estejam em dia com seus pagamentos. Ora! Uma regra que reduz o prazo *procedimental* de um *mínimo de um ano* para um *máximo de noventa dias*, representa, sem sombra de dúvidas, um enorme avanço!

A outra “polêmica” (e as aspas, aqui, tem uma função irônica, sarcástica, pois inacreditável o que se colhe da doutrina), é sobre o *alcance da expressão “portadores de doença grave, definidos na forma da lei”, para concessão do benefício previsto no 2º do art. 100 da CF/88.*

Araken de Assis,³¹³ em leitura concretizante da regra, defende a aplicação de preceito já existente, que define o que seja “doença grave” para efeito de aposentadoria do servidor público; cada ente de Direito Público tem sua lei, e na falta dela, deve-se aplicar a Lei 7.713/88, cujo art. 6º, inciso XIV (com a redação que lhe deu a Lei 11.052/04), define as doenças graves para efeito de isenção do imposto de renda, nos seguintes termos:

“... moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida...”

Araken de Assis entende que é possível que cada ente da federação aprove uma lei que regulamente o conceito de “doença grave” – aplicando-se o conceito para fins de aposentadoria especial no serviço público, enquanto outra não sobrevenha,³¹⁴ o que é refutado por Anselmo Prieto Alvarez,³¹⁵ que entende que tal lei deve ser federal. Acredita-se que uma interpretação média das duas posições seja a mais adequada: entende-se que o ente federado pode regulamentar a matéria, mas nunca diminuindo ou contrariando o disposto na Lei 7.713/88.

³¹² DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução Contra a Fazenda Pública: regime de precatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 362.

³¹³ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 1101.

³¹⁴ *Idem, ibidem*.

³¹⁵ ALVAREZ, Anselmo Prieto. *Os Regimes de Pagamento de Precatórios na Execução contra a Fazenda Pública e a Emenda Constitucional n. 62/2009*. São Paulo: PUC/SP / tese de doutoramento, 2009, p. 159.

Uma questão que se coloca é a seguinte. Se um ente da federação possui um lei que regulamenta o que se entende por “doença grave” e a lista é de menor extensão, não prevendo doença que a Lei Federal 7.713, art. 6º, inc. XIV defina como grave? Não há dúvida que a lei mais benéfica ao cidadão prevalecerá, posto que, para concretização de direitos fundamentais, vige o princípio *pro homine*, como já decidiu o STF.³¹⁶ Este é o (correto) entendimento de Anselmo Prieto Alvarez, que em abono a sua doutrina, aponta os regulamentos administrativos do CNJ (art. 13, ‘k’, da Res. 115/2009) e do TJ/SP (alínea ‘p’ do item 10.2 da OS 3/10).³¹⁷

Logo, exigir uma lei específica sobre o assunto, como fazem Leonardo José Carneiro da Cunha³¹⁸ e Maria Sylvia Zanella de Pietro,³¹⁹ *data venia*, é restringir *sem motivo jurídico algum* a fruição de um direito fundamental, sendo que existe lei que define com bastante adequação o conceito que a norma constitucional determina.

Mais uma questão que se coloca é a de se saber se o sucessor do credor que preencha os requisitos legais mantém o direito que o credor originário tinha, haja vista tratar-se de situação personalíssima, a descrita na norma. Novamente, com acerto Anselmo Prieto Alvarez,³²⁰ que entende que se a sucessão ser der *mortis causa*, os herdeiros do *de cujus* mantém os super-privilégios de recebimento do precatório, mas caso a sucessão seja *inter vivos* o mesmo não deve acontecer.

No que refere ao limite equivalente a três vezes ao valor das obrigações definidas em lei de pequeno valor o preceito, pode haver alguma confusão na determinação do valor, tendo vista que cada entidade política devedora pode fixar o valor do RPV, respeitando o piso estabelecido no § 4º do art. 100 da CF/88. algumas unidades da Federação vêm adotando o regime de valor indexado, que pode ser alterado periodicamente Entende-se, aqui, que malgrado impugnações, deve-se partir da data da emissão da ordem de pagamento para se aferir o teto para a execução “super-privilegiada”, pouco importando o valor do teto no dia do

³¹⁶ “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” (STF, Pleno, m.v., RE 466.343, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 03/12/2008, DJe 04/06/2009)

³¹⁷ ALVAREZ, Anselmo Prieto. *Os Regimes de Pagamento de Precatórios na Execução contra a Fazenda Pública e a Emenda Constitucional n. 62/2009*. São Paulo: PUC/SP / tese de doutoramento, 2009, p. 160-161.

³¹⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 331.

³¹⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 756.

³²⁰ ALVAREZ, Anselmo Prieto. *Os Regimes de Pagamento de Precatórios na Execução contra a Fazenda Pública e a Emenda Constitucional n. 62/2009*. São Paulo: PUC/SP / tese de doutoramento, 2009, p. 162.

efetivo pagamento que, obviamente, poderá ser majorado, caso o indexador tenha variação positiva. No caso de o indexador ter variação negativa, deverá, igualmente, prevalecer o valor da data da emissão do RPV, sendo irrelevante que no dia do efetivo pagamento o valor para o teto tenha sido alterado para quantia menor do que a ser efetivamente paga.

6.4 Aquisição de bens públicos com precatórios como forma de pagamento

Outra regra que a Emenda Constitucional n. 62 trouxe (*não declarada inconstitucional pelo STF*), é a possibilidade de o ente público devedor, por meio de lei específica, colocar à venda bens imóveis que possua, aceitando como pagamento precatórios.

Eis a regra, prevista no art. 100 da CF com a nova redação que lhe deu a EC 62, *verbis*:

§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado.

Pela regra, alguns requisitos devem ser obedecidos para que a quitação do precatório se dê com dação em pagamento de bens imóveis: (i) lei específica, do ente devedor e, (ii) oferta do credor, formando uma relação contratual.

Trata-se de belíssima inovação, que poderia ser utilizada pelos entes devedores para diminuir seus débitos, por meio da alienação de imóveis subaproveitados – e, especialmente, de bens imóveis adquiridos em hasta de execuções fiscais, que poderiam ser imediatamente ofertados a credores para quitação de precatórios.

Entretanto, três pontos poderiam chamar a atenção dos tribunais na regulamentação de tais regras, podendo sofrer censura por inconstitucionalidade.

Primeiro,

O STF tem interpretado o “dogma” da “ordem cronológica” de maneira muito restritiva,³²¹ declarando inconstitucionais várias inovações jurisprudenciais e normativas que

³²¹ “A norma consubstanciada no art. 100 da Carta Política traduz um dos mais expressivos postulados realizadores do princípio da igualdade, pois busca conferir, na concreção do seu alcance, efetividade à exigência constitucional de tratamento isonômico dos credores do Estado. A vinculação exclusiva das importâncias federais recebidas pelo Estado-membro, para o efeito específico referido na regra normativa questionada, parece acarretar o descumprimento de quanto dispõe do art. 100 da CF, pois, independentemente da ordem de precedência cronológica de apresentação dos precatórios, institui, com aparente desprezo ao princípio da igualdade, uma preferência absoluta em favor do pagamento de ‘determinadas’ condenações judiciais.” (STF, pleno, ADI 584-MC, rel. Min. Celso de Mello, j. em 26/03/1992)

importam em relativização de tal regra. A rigor, prevendo a regra o pagamento, decorrente de uma relação contratual, não haverá – logicamente – como manter a regra do pagamento cronológico, sendo certo, então, que a iniciativa será discutida sob este prisma constitucional.

Segundo,

A “venda” de bens públicos só pode se dar por meio de licitação, na modalidade “leilão”. Caso a lei regulamentadora venha a garantir algum tipo de preferência a credores titulares de precatórios, em detrimento de licitantes que queiram dar lance em dinheiro, poder-se-ia discutir a constitucionalidade de tal regra, sob o prisma da igualdade.

Terceiro,

Caso o crédito do precatório não seja totalmente absorvido na aquisição do bem, teríamos uma hipótese de “quebra” (cisão) do precatório não expressamente prevista na CF, e o STF também por inúmeras vezes decretou a inconstitucionalidade de regras que impliquem em divisão do precatório.

Por fim, entende-se que havendo lei do ente devedor dispondo sobre a alienação de imóveis, cujo preço poderá ser quitado com precatórios, entende-se que todo o produto recebido nestes certames deve ser direcionado para pagamento de precatórios, não podendo a lei dispor sobre finalidade diversa de eventual numerário arrecadado, sob pena de desvio de finalidade.

No entanto, trata-se de regra que deve ser “bem vista” no atual cenário jurídico brasileiro, pois pode constituir um modo alternativo e viável de pagamento das dívidas de precatórios, com a alienação de propriedades subutilizadas.

6.5 Possibilidade de federalização dos precatórios

Outra novidade não declarada inconstitucional trazida pela Emenda Constitucional 62 foi a possibilidade de federalização dos precatórios, na regra inserta no § 16 do art. 100 da CF/88, com a seguinte redação:

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.

Ainda que tal iniciativa sinalize uma possibilidade concreta de resolução do problema, na verdade trata-se de regra desnecessária, pois a União federalizou a dívida

externa de estados e municípios na década de 90, sem a necessidade de aprovação de qualquer Emenda Constitucional.

Em 1989, por meio da Lei 7.976/89, a União criou o “programa de saneamento do Setor Público”, federalizando toda a dívida interna e externa dos outros entes federativos, em parcelamento de até 240 meses, mediante a retenção dos repasses tributários.

De acordo com a “Gerência de Créditos Vinculados a Estados e Municípios – GECEM”,

“A Lei nº 7976/89 estabeleceu condições para o financiamento e refinanciamento pela União, no prazo de vinte anos, do saldo dos empréstimos-ponte concedidos pelo Tesouro Nacional, com base nos Avisos MF 030/83 e sucedâneos, para liquidação de compromissos externos de responsabilidade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive suas entidades da administração indireta, assegurando-lhes o repasse dos benefícios que a União viesse a obter junto aos credores externos.

Foram objeto de financiamento o montante da dívida externa, vencível em cada exercício civil, contratada até 31 de dezembro de 1988, com a garantia da União e prazo superior a 360 (trezentos e sessenta) dias.

O referido diploma legal também contemplou o refinanciamento das dívidas de Estados e Municípios decorrentes de programas de apoio financeiro destinados a recuperar as finanças daquelas unidades, amparados nos Votos nº 340, de 30.07.87, e nº 548, de 14.12.87, do Conselho Monetário Nacional. O Decreto nº 99.167, de 13.03.90, regulamentou a Lei nº 7.976/89.”³²²

Logo, se houvesse interesse da União em federalizar e quitar os precatórios dos estados e municípios inadimplentes com precatórios, não seria necessário a aprovação de uma emenda constitucional. Lei ordinária seria instrumento bastante para resolução do problema do estrito ponto de vista normativo.

Assim, ainda que exista uma *boa intenção* do constituinte derivado, o fato é que a norma é extremamente tímida e pusilânime, pois – como se defenderá no item 8.5 deste texto – existem instrumentos jurídicos que permitem defender até a Federalização compulsória dos precatórios inadimplidos. Como se defenderá, tendo em vista que a responsabilidade pelo estado de coisas decorrentes dos precatórios é da União, especialmente por não ter agido antes para conter a doentia inadimplência estatal, entende-se que é possível, judicialmente, compelir a União a quitar estes débitos.

³²² Relatório de Encerramento da Lei 7.976/89. Disponível em: http://www3.tesouro.gov.br/haveres_uniao/downloads/LEI_7976_Relatorio_Encerramento.pdf

6.6 O posicionamento do STF em relação a “Emenda do Calote”

Em linhas gerais, o STF manteve vigente boa parte do art. 100 da CF, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional 62/2009.

Na tabela abaixo, sublinhou-se os dispositivos que foram declarados inconstitucionais. Percebe-se, claramente, que a estrutura do art. 100 permaneceu intacta.

Redação dos dispositivos da EC 62 (art. 100 da CF)	Situação com o julgamento da ADI 4.357 (janeiro de 2014)
Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.	Redação mantida pelo STF, dispositivo em vigor.
§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.	Redação mantida pelo STF, dispositivo em vigor.
§ 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.	Declarada a inconstitucionalidade da expressão “na data da expedição”
§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.	Redação mantida pelo STF, dispositivo em vigor.
§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social.	Redação mantida pelo STF, dispositivo em vigor.
§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.	Redação mantida pelo STF, dispositivo em vigor.
§ 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário,	Redação mantida pelo STF, dispositivo em vigor.

cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva.	
§ 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o CNJ.	Redação mantida pelo STF, dispositivo em vigor.
§ 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo.	Redação mantida pelo STF, dispositivo em vigor.
§ 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.	Dispositivo declarado inconstitucional pelo STF.
§ 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 preencham as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos.	Dispositivo declarado inconstitucional pelo STF.
§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado.	Redação mantida pelo STF, dispositivo em vigor.
§ 12. A partir da promulgação desta EC, a atualização de valores de requisitórios, 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.	Declarada a inconstitucionalidade da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” e, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09 (art. 1º-F, da Lei n.º 9.494/97); também da expressão “independentemente de sua natureza” , para assegurar que os precatórios de natureza tributária tenham mesmo tratamento do crédito tributário.
§ 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º.	Redação mantida pelo STF, dispositivo em vigor.
§ 14. A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora.	Redação mantida pelo STF, dispositivo em vigor.
§ 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.	Dispositivo declarado inconstitucional pelo STF.
§ 16. A seu critério exclusivo e na forma de lei, a União	Redação mantida pelo STF, dispositivo em vigor.

poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente.	
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

Outro avanço digno de Também deixou constitucionalmente preparada qualquer ação federal de moralização dos precatórios, podendo a União assumir estes débitos, compensando-os com repasses tributários. Previu, também, que os entes devedores podem instituir programas de venda de imóveis para saneamento destas dívidas, o que constitui um avanço.

Ao fim das contas a EC 62 trás alguns pequeninos avanços que merecem aplauso como, por exemplo, a positivação do “precatório humanitário” (super-privilegiado), *o que revela que uma das saídas para o crônico problema dos precatórios é, exatamente, evitá-lo*, impondo aos entes devedores um sistema de pagamento “imediato”, mediante sequestro expropriatório, que mostra-se um regime mais adequado ao modelo constitucional de processo.

Merece destaque, então, que a EC 62 regulamentou, autorizando expressamente, a *cessão dos precatórios* (embora seja avanço que, de nada adianta, enquanto mantido o entendimento do STJ que o precatório não equivale à dinheiro precisa ser avaliado). Entretanto, convalidou qualquer compensação realizada nos termos do art. 78 do ADCT, que acabou sendo declarado inconstitucional, *verbis*:

Redação de dispositivos complementares da EC 62	Situação com o julgamento da ADI 4.357 (janeiro de 2014)
Art. 5º Ficam convalidadas todas as cessões de precatórios efetuadas antes da promulgação desta Emenda Constitucional, independentemente da concordância da entidade devedora.	Redação mantida pelo STF, dispositivo em vigor.
Art. 6º Ficam também convalidadas todas as compensações de precatórios com tributos vencidos até 31 de outubro de 2009 da entidade devedora, efetuadas na forma do disposto no § 2º do art. 78 do ADCT, realizadas antes da promulgação desta Emenda Constitucional.	Redação mantida pelo STF, dispositivo em vigor.

O art. 6º da EC 62 não foi diretamente atingido pela ADI 4.357, mas acredita-se que a declaração de inconstitucionalidade do § 2º do art. 78 do ADCT acaba, por arrastamento, implicando na sua inaplicabilidade, desde o julgamento da ADI mencionada.

Por fim, em resumo, este é o cenário normativo após o julgamento da ADI 4.357, lembrando que o Acórdão ainda não foi publicado e, em razão disso, poderá ainda sobrevir alteração, pois cabível embargos de declaração e modulação dos efeitos.

Eis, em suma, a situação da EC 62/09:

RESUMO	
Dispositivos declarados integralmente 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 Art. 1º-F. da Lei 9.494/97 (por arrastamento)
Dispositivos declarados parcialmente inconstitucionais:	A expressão “na data de expedição do precatório” do § 2º do art. 100 da CF/88; As expressões “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” e “independentemente de sua natureza” do § 12 do art. 100.

6.7 A situação atual dos precatórios após o julgamento da ADI 4357: o que está em vigor? E o que deveria permanecer? (modulação dos efeitos)

Como era de se esperar, os tribunais pátrios – tão logo houve a sessão de julgamento da ADI 4.357 (março de 2013) – paralisaram os processos de pagamento dos precatórios, esperando futuras determinações do STF. Tão logo aposentou-se o Min. Carlos Ayres Britto a ADI passou a contar com novo relator, desta feita o Min. Luiz Fux, que em 11 de abril de 2013 proferiu a seguinte decisão, determinando a expedição de ofício a todos os tribunais brasileiros:

“... deem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo, em 14/03/2013, segundo a sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro.”

A rigor, então, o art. 78 do ADCT ainda está em vigor e, *data venia*, entende-se que somente estaria proibida a inclusão de novos débitos no regime especial (mas o relator já sinalizou que, em sua opinião, o STF deve admitir inclusão de novos precatórios). No mais, o regime especial continua a vigorar normalmente para os pagamentos que já estavam em curso do período de 2009 à março de 2013, quando o plenário do STF efetivamente julgou a ADI 4.357 (acórdão ainda não publicado – janeiro de 2014).

Em outubro de 2013 o Min. Luiz Fux levou ao plenário seu voto no pedido de modulação de efeitos, realizado por vários entes devedores que ingressaram como *amicus curiae* na ADI 4.357. O julgamento não foi concluído, pois o Min. Luís Roberto Barros pediu vista, sendo que até o término deste trabalho (janeiro de 2014) não houve mais nenhuma deliberação na ADI 4.357.

Estes são, em resumo, os pontos mais relevantes do voto do Min. Luiz Fux, que encontram-se disponível somente em áudio-visual no ambiente virtual do STF, dentro do portal

“youtube”³²³ e em algumas notas publicadas no *site* da Corte. Valemo-nos, também, de um resumo da sessão de julgamento, muito bem redigido, pelo Prof. Dr. Fábio Martins de Andrade, publicado em site jurídico de grande visibilidade.³²⁴

A sessão iniciou-se com um debate prévio sobre algumas questões de ordem, vencido o Min. Marco Aurélio, que entendia que em face das graves violações aos direitos individuais, a ADI 4.357 não comportava modulação, no que ficou vencido.

Ato contínuo, o Ministro Roberto Barroso antecipou que pediria vista.

Iniciando a leitura de seu voto, como bem destacou Fábio Andrade, o Ministro Luiz Fux frisou alguns pontos essenciais de seu raciocínio, a saber:

- “a) à luz da inconstitucionalidade declarada pelo STF, seria necessário cuidado para não transformar o voto vencido em vencedor, a pretexto de modular a decisão;
- b) a sistemática declarada nula efetivamente entrou em vigor, surtiu efeitos e foi aplicada durante os últimos quatro anos, tendo-se consolidado ao longo do decurso do tempo;
- c) a atual programação orçamentária e financeira de diversos Estados e Municípios foi forjada levando em conta o teor da Emenda Constitucional nº 62/09, agora declarado nulo pelo STF; c) a aplicação cega e irrestrita do efeito retroativo (*ex tunc*) inerente à regra da nulidade pode conduzir a um agravamento da ofensa dos valores constitucionais mais básicos;
- d) em razão da consolidação de tais fatos durante o transcurso de tempo impõe-se homenagear o princípio da segurança jurídica através da ponderação do princípio da nulidade das leis.”³²⁵

O Min. Luiz Fux prosseguiu em seu voto para defender que, em modo geral, dever-se-ia atribuir efeito *ex tunc* à decisão, fazendo algumas ponderações ao que se costumou chamar de inconstitucionalidade útil.

Porém, o ponto nevrálgico do voto diz respeito à manutenção do § 15 do art. 100 da CF e do art. 97 do ADCT (dispositivos que instituíram o “regime especial”), por um tempo ainda em negociação, para pagamento dos débitos em atraso. Para o relator, o regime especial deve, sim, ser mantido, por meio da modulação temporal dos efeitos da decisão da ADI 4.357, pois – ainda que imperfeito – vinha sendo aplicado a quatro anos. Os fundamentos para manutenção temporária do regime especial foram compilados assim por Fábio Martins Andrade:

³²³ http://www.youtube.com/watch?v=8TodnjwF_lg

³²⁴ ANDRADE, Fábio Martins de. “Precatórios e Modulação.” In: <http://jus.com.br/artigos/25820/precatórios-e-modulacao>

³²⁵ ANDRADE, Fábio Martins de. “Precatórios e Modulação.” In: <http://jus.com.br/artigos/25820/precatórios-e-modulacao> (grifamos)

“a) a satisfação imediata de todos os credores do Estado poderia impactar sobremaneira a consecução dos demais misteres constitucionais, afetando a esfera jurídica de inúmeros cidadãos que nada tem a ver com a recalitrância do Poder Público em pagar suas dívidas, embora fosse desejável que os entes públicos honrassem suas dívidas pontualmente;

b) o exercício de 2013 encontra-se próximo do fim e boa parte do planejamento orçamentário de 2014 foi realizado com base na sistemática prevista pela Emenda recentemente declarada inconstitucional pelo STF.”³²⁶

Com estes argumentos, o Min. Fux entende que, excepcionalmente, o “regime especial” deve ser mantido até 2018 (a fundamentação para adoção deste prazo foi no sentido de que o Ministro ouviu, informalmente, “diferentes partícipes do processo objetivo, inclusive a Autora”, que concordou que a aplicação *ex tunc* do que foi decidido pelo STF poderia trazer retrocessos aos processos de execução já em trâmite). Reconheceu, entretanto, que o prazo é uma sugestão de cunho pessoal, e que a regra pode evoluir de acordo com as ideias dos outros Ministros.

Já partindo para conclusão, o Min. Luiz Fux defendeu que os pagamentos que já estão em curso de acordo com o regime especial da EC 62 deveriam continuar, observando as seguintes regras:

“1) consideram-se válidos os pagamentos dos precatórios realizados até o trânsito em julgado das ações diretas, nas modalidades leilão e quitação por acordo, porquanto ficarão declarados nulos apenas com eficácia *ex nunc*, sendo certo que não poderão ser usados doravante;

2) mantêm-se os percentuais mínimos da receita corrente líquida vinculados ao pagamento de precatórios (art. 97, §§ 1º e 2º), permitindo aos entes federados dar continuidade ao pagamento de suas dívidas sem comprometer os serviços básicos de relevante interesse público;

3) até o final do exercício financeiro de 2018, os entes federados que estiverem realizando o pagamento de acordo com o regime especial aqui modulado não poderão sofrer sequestro de valores, exceto no caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II e os §§ 1º e 2º do art. 97 do ADCT ex vi do art. 97, § 13, do ADCT;

4) na forma do art. 97, § 10, do ADCT, no caso de não liberação tempestiva de tais recursos vinculados ao pagamento de precatórios, haverá:

a) sequestro da quantia nas contas dos entes federados na forma do § 4º até o limite do valor não liberado;

b) constituir-se-á alternativamente por ordem dos Tribunais em favor dos credores direito líquido e certo auto-aplicável, independente de regulamentação, à compensação automática com débitos líquidos lançados por esta contra aqueles;

c) e, havendo saldo em favor do credor, o valor terá automaticamente poder liberatório do pagamento de tributos dos entes federados devedores até onde se compensarem;

³²⁶ ANDRADE, Fábio Martins de. “Precatórios e Modulação.” In: <http://jus.com.br/artigos/25820/precatórios-e-modulacao> (griafamos)

*d) e o Chefe do Poder Executivo responderá na forma da Lei de Responsabilidade Fiscal e de Improbidade Administrativa.*³²⁷

Pelo voto do Min. Luiz Fux deverá haver, no entanto, um acerto de contas, pois sob seu ponto de vista a declaração de inconstitucionalidade do regime de juros pela poupança deve ser declarado inconstitucional de maneira *ex tunc*, o que implicará em revisão do que *foi* e do que *será* pago.³²⁸

Curiosamente, o Min. Relator defendeu que poderão ser inseridos no “regime especial” os precatórios vencidos até o final do exercício financeiro de 2018.

Por outro lado, o Min. Luiz Fux também mostrou preocupação no cumprimento da decisão, ainda que modulada, propondo à Corte que as regras de direito sancionador previstas no art. 97 do ADCT também sejam aplicadas rigorosamente, propondo também uma revisão na jurisprudência da Corte sobre intervenção no caso de não pagamento de precatórios, para que o “não pagamento” não volte a ser uma opção dos governantes.

Entende-se que as ponderações do Min. Luiz Fux são louváveis e, em linhas gerais, o voto apresentado apresenta um equilíbrio bem ponderado dos interesses em jogo, privilegiando a solvabilidade dos entes devedores e prestigiando – na medida do *possível* – o direito dos credores. Não há nenhum “senão” a indicar na proposta do Ministro Luiz Fux: por incrível que possa parecer, a inclusão de precatórios a vender, até o orçamento de 2018, é uma regra inteligente, que se impõe, para dar ao sistema operabilidade – na perspectiva de que deve ser mantido o sistema de pagamento cronológico dos precatórios.

O voto do Min. Luiz Fux, entede-se, é impecável.

Porém, *infelizmente*, a impressão que se tem é que o STF *não manterá o rigor preconizado pelo Relator*.

Explica-se.

O Supremo Tribunal Federal é, sem sombra de dúvidas, o grande culpado pelo estado de coisas em relação aos precatórios. Foram Min. Carlos Ayres Britto e Min. Luiz Fux que disseram isso, em seus votos na ADI 4.357. Também na doutrina colhe-se este depoimento:

³²⁷ ANDRADE, Fábio Martins de. “Precatórios e Modulação.” In: <http://jus.com.br/artigos/25820/precatórios-e-modulacao> (grifamos)

³²⁸ Segundo “notícia” no *site* do STF, “... foram declaradas nulas, com eficácia retroativa, as regras que instituíam o índice da caderneta de poupança para correção monetária e o cômputo dos juros moratórios dos precatórios, por serem considerados insuficientes para recompor ou remunerar os débitos.” In: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=251875> - grifamos.

“Se a legislação trouxe brechas aparentes, sua exploração só foi possível mediante a complacência do Poder Judiciário, diante da existência de dispositivos legais que poderiam ser utilizados para a responsabilização dos governadores e prefeitos que deixassem de efetuar o pagamento de débitos alimentícios, nos prazos constitucionalmente fixados, especialmente a atuação do instituto da intervenção federal.”³²⁹

Não há um motivo sequer para se acreditar que o STF mude de posição agora. Pelo contrário.

Desde o STJ o Min. Luiz Fux tem ficado vencido em questões envolvendo precatórios, especialmente quando lá estava o Min. Teori Zavascki, o que sinaliza que os interesses secundários do Estado (Fazenda), deverão prevalecer.

Neste sentido, entende-se que – da mesma maneira que o STF agiu em relação à EC 30/2000, em que o julgamento das ADI’s 2.356 e 2.362 aconteceu 10 anos depois de sua promulgação, momento em que não mais surtiam efeito algum – a Suprema Corte agirá em relação a EC 62/09, ou seja, os pedidos de vista se sucederão, vigorando a liminar dada pelo Min. Luiz Fux anos à fio, resultando em simples teatro a decretação de inconstitucionalidade do “regime especial” de pagamento. Daqui a alguns anos, com a argumentação de que se trata de situação consolidada pelo tempo, a Corte aplicará a modulação de efeitos para toda a emenda, coroando de êxito a iniciativa açodada do Congresso, chancelando judicialmente o calote.

Entende-se que o ideal era expurgar-se do texto constitucional somente os juros de poupança, o parcelamento e a compensação com dívidas fiscais, mantendo-se hígido, em especial, a vinculação orçamentária mínima de 2% da Receita Líquida. Entende-se que este, sim, foi o maior avanço da EC 62 e o STF, certamente, agiu mal ao declarar todo o art. 97 do ADCT inconstitucional, pois o efeito liberatório para pagamento de tributos e a tipificação das condutas do chefe do poder executivo que não adimple foram avanços que poderiam ter sido mantidos.

De se lamentar, também, a decretação de inconstitucionalidade do § 12º do art. 97 do ADCT que estabelecia, para estados-membros e municípios, os limites mínimos para RPV. Oxalá o Poder Judiciário encontre solução que não permita aos entes federados estipular valores ínfimos para o RPV, frustrando um dos ótimos avanços que se teve, recentemente, no tocante à execução contra a Fazenda Pública.

³²⁹ QUINTILIANO, Leonardo David. “Políticas Públicas e Endividamento: como os precatórios financiam os entes federativos.” *Observatório da Jurisdição Constitucional* 2/40.

7. DA PROPOSTA DE EFETIVIDADE NA EXECUÇÃO, POR QUANTIA CERTA, CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Para demonstrar que o *dogma* da impenhorabilidade dos bens públicos já foi quebrado alhures e que há outras perspectivas no que tange a exequibilidade das decisões pecuniárias contra a Fazenda Pública, passaremos a verificar os sistemas de execução em outros países para, depois, sugerir uma pauta de possíveis soluções para o problema brasileiro.

7.1 A Execução Contra a Fazenda Pública no Direito Comparado

Como se verificará, o maior comprometimento democrático com um Estado de Direito social e efetivo é refletido no regulamento e comportamento dos países em relação á efetivação das condenações pecuniárias contra si mesmos. Alemanha é o tipo ideal de país, nesta senda: as regras de execução contra a Fazenda Pública são até olvidadas, pois lá – pelo que noticia a doutrina, a administração pública adimple voluntariamente com as condenações.

Para nós, o caso mais emblemático e inspirador é o espanhol. Embora o direito posto vedasse a efetividade da execução contra a Fazenda Pública, a Corte Constitucional daquele país encontrou um mecanismo adequado para tutelar os direitos em jogo.

Já Inglaterra, França e Estados Unidos – não por acaso aqueles países em que o liberalismo está arraigado na ideia central de poder – são estados que se vêem imunes à jurisdição – embora, nos dois países anglo saxões, exista um clima de respeito às ordens de

pagamento, nas hipóteses em que se determina o pagamento. A Inglaterra acabou por alterar sua legislação, não mais submetendo seus súditos ao sistema de imunidade de jurisdição que, pasmem, ainda vigora na colônia republicana.

7.1.1 Estados Unidos, Inglaterra e França

Estes três países têm pontos em comum na busca de reparação contra o Poder Público. E, também, no modo de encarar o sistema de tripartição de poderes, de certo modo refletindo uma posição imperialista que lhes é comum.

Nos Estados Unidos, em regra, o Estado não pode ser processado em juízo. Trata-se da *sovereign immunity*,³³⁰ ou seja, os entes públicos – via de regra – não podem ser processados. Existem várias exceções³³¹ a esta regras: admitem-se ações contra o Estado quando ele contrata como particular, quando realiza atos empresariais, em algumas situações de responsabilidade civil (*torts*) e em uma série de leis específicas.³³² Os danos ordinários sofridos pelo cidadão, que não entram nas exceções sindicáveis, podem ser reparados por meio de um processo que tramita em tribunal administrativo, *comissions*,³³³ cujas garantias probatórias e outros institutos processuais não são totalmente respeitados e a possibilidade de acordo, por quantia muitas vezes inferior ao dano efetivamente experimentado é comum.

Entretanto, reconhecido o dano e expedida a ordem de pagamento, nos EUA, dois procedimentos são abertos, conforme noticia Charles Cole, professor de Direito Processual na *Samford University*:

“Uma pessoa credora em sentença pecuniária contra os Estados Unidos de importância superior a US\$ 100.000 é obrigada a, em todo o caso no Tribunal Federal de Demandas, a fim de assegurar o pagamento, encaminhar os autos originais da sentença ao Ministro da Fazenda para vista pelo Congresso para apropriação do pagamento. Após a verificação da solicitação do autor para o

³³⁰ “The principle of sovereign immunity is derived of English law, which assumed that ‘the kind do no wrong’. Since the time of Edward the first, the Crown of England has not been suable unless it has specifically consented to suit.” (CHEMERINSKY, Erwin. “Against Sovereign Immunity.” *Stanford Law Review* 53/1201)

³³¹ COLE, Charles D. “Imunidade Soberana e Responsabilidade Civil do Governo Federal dos Estados Unidos da América.” Trad. Brynte Svedberg. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 96. No mesmo sentido: DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução Contra a Fazenda Pública: regime de precatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 160.

³³² A lista de exceções é grande e há uma pressão para que o instituto desapareça no Direito Norte-Americano. Para uma exauriente lista das exceções, nas quais o governo pode ser processado: MAHONEY, Carlos E. “Understanding Sovereign and Governmental Immunity: Tips and Techniques for Theories of Liability.” In: <http://gmfm-law.com/wp-content/uploads/2011/03/Understanding-Sovereign-and-Governmental-Immunity.pdf>

³³³ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução Contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 53, citando em seu abono a posição de Sérgio Ferraz.

pagamento da quantia aplicada pelo Congresso, o Gabinete-Geral de Contabilidade transmite um certificado da liquidação para o Ministério da Fazenda. O pagamento é feito ao autor de cheque emitido no Ministério da Fazenda pelo *Field Operations Group, Financial Managment Service*. Um procedimento semelhante aplica-se a tais sentenças obtidas nos Tribunais Federais Distritais, salvo que neste caso os autos da sentença são encaminhados ao Ministro da Fazenda pelo Ministério da Justiça, e não pelo autor.

Outro procedimento semelhante ao exposto no item anterior aplica-se às sentenças de importância menor a US\$ 100.000, em todo o caso, salvo que os documentos necessários são encaminhados ao Gabinete-Geral de Contabilidade, e não há atuação do Ministério da Fazenda antes da verificação do certificado da liquidação por parte do Gabinete-Geral de Contabilidade. Após a verificação do certificado da liquidação, é emitido um cheque no Ministério da Fazenda pelo *Field Operations Group, Financial Managment Service*, a ser pago de uma apropriação permanente estabelecida para o pagamento de tais sentenças, e enviado por correio ao autor conforme os termos do certificado da liquidação.³³⁴

Arrematando, na remotíssima hipótese de não haver a liquidação do débito, compete ao cidadão americano o uso do mandado de segurança,³³⁵ para compelir o agente público responsável a efetivar o pagamento. Mantida a recalcitrância o juiz pode se valer dos *contempt powers*. Por fim, admite-se amplamente a compensação dos débitos com tributos, em favor ou desfavor da Fazenda Pública.³³⁶

Logo, a execução contra a Fazenda Pública é residual e sem relevância jurídica, pois os pedidos de indenização são realizados diretamente perante a autoridade administrativa ou agências federais que têm amplo poder de negociar estes débitos.³³⁷

Na Inglaterra a doutrina do *sovereign immunity*,³³⁸ foi parcialmente afastada em 1947, derogando em parte o postulado “the king do no wrong”. As ações de indenização são propostas pelas *Royal Courts of Justice*. Entretanto, a execução do julgado, de fato, não se dá, pois de posse da decisão condenatória (*certificado da condenação*) o cidadão pode iniciar

³³⁴ COLE, Charles D. “Imunidade Soberana e Responsabilidade Civil do Governo Federal dos Estados Unidos da América.” Trad. Brynte Svedberg. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 96-97.

³³⁵ COLE, Charles D. “Imunidade Soberana e Responsabilidade Civil do Governo Federal dos Estados Unidos da América.” Trad. Brynte Svedberg. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 98.

³³⁶ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução Contra a Fazenda Pública: regime de precatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 166.

³³⁷ NIARADI, George. “Execução Judicial contra o Estado. Estudo em síntese comparativa das leis fundamentais e da competitividade econômica na Europa, Américas e Asia.” *Revista do Advogado* 111/126.

³³⁸ JAFFE, Louis. L. “Suits Against Governments and Officers: Sovereign Immunity.” *Harvard Law Review* 77/1-2.

outro processo – agora de cunho administrativo – para liquidação do débito, perante o cartório distrital da Coroa.³³⁹

Frise-se que, como já mencionado no capítulo anterior, na Inglaterra somente o Primeiro Ministro tem garantia de imunidade contra o *contempt power*. Em um caso de extradição de um cidadão do Zaire, em que ficou provado que o Ministro do Interior (*Home Secretary*) negou-se a cumprir a ordem da *High Court* e foi multado pessoalmente, além de ficar obrigado a custear as despesas do processo pessoalmente.³⁴⁰

Isto quer dizer que se a ordem de pagamento não for efetivada nos prazos, poderá o juiz – verificando recalcitrância injustificada – aplicar as penalidades coercitivas, mas sempre dirigidas às pessoas físicas responsáveis pelo trâmite da ordem de pagamento.

No Direito francês, assemelhado ao inglês e americano, não se processa diretamente o Estado em ações de natureza judiciária, em razão de sua jurisdição administrativa.³⁴¹ A ideia de imunidade do Estado também tem eco nos fundamentos jurídicos franceses, tanto que – como noticia Ricardo Perlingeiro – constou na Lei de 24 de agosto de 1790 que

“... as funções judiciais são distintas e permanecerão sempre separadas por funções administrativas. Os juízes não podem, sob pena de prevaricação, perturbar por qualquer forma a ação dos corpos administrativos, nem citar para comparecer à sua presença, os administradores por motivo das respectivas funções.”³⁴²

Logo, os pleitos indenizatórios contra o Estado francês se desenvolvem em tribunais administrativos, cujas decisões fazem coisa julgada e não podem ser revistas pelo Judiciário. De criticável efetividade,³⁴³ o sistema de cumprimento de decisões contra o Estado passou por uma reforma em 1990, que conferiu mais agilidade ao sistema.

³³⁹ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução Contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 53, citando em seu abono a posição de Júlio César da Cruz Costa.

³⁴⁰ Trata-se do caso *M vs. Home Office* no qual o Ministro Kenneth Baker desobedeceu à ordem de deportação de um cidadão do Zaire. Cf. INGMAN, Terence. *The English Legal Process*. 9th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 146.

³⁴¹ NIARADI, George. “Execução Judicial contra o Estado. Estudo em síntese comparativa das leis fundamentais e da competitividade econômica na Europa, Américas e Asia.” *Revista do Advogado* 111/126.

³⁴² SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução Contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 51-52.

³⁴³ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução Contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 51-52.

7.1.2 Alemanha

Em curso realizado para a magistratura federal brasileira sobre execução contra a Fazenda Pública, dois professores alemães estiveram presentes e deixaram suas impressões sobre o cumprimento de decisões judiciais desfavoráveis ao Estado Alemão. As falas destes professores estão publicadas em um livro patrocinado pelo Conselho da Justiça Federal, sob e coordenação do Juiz Federal Ricardo Perlingeiro da Silva, um dos maiores estudiosos do assunto no Brasil (*Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003).

É até engraçado, mas em sua exposição, para ilustrar a possibilidade de penhora de bens públicos na Alemanha, o Prof. Hermann-Joseph Blanke busca um exemplo Belga³⁴⁴ para ilustrar sua aula, *porque não tinha notícia, até aquele momento, que o Estado Alemão tivesse desrespeitado alguma ordem de tribunal para o pagamento de condenação judicial*.

Em sintonia com o testemunho de Hermann-Joseph Blanke, o professor Karl-Peter Sommermann descreve assim o cenário de cumprimento às condenações judiciais:

“Na praxe a execução individual e coletiva a Fazenda Pública só tem tido importância em alguns poucos casos. Graças tanto a tradição e a idéia que faz de si o Estado de direito alemão, quanto á cultura administrativa dominante, é de notar-se que a Administração cumpre em grande medida as decisões judiciais. A estrita vinculação da Administração à lei, que representa um princípio fundamental do direito constitucional e que influencia de modo marcante a formação do serviço público, compreende também a obrigação legal de cumprir as decisões dos tribunais.”³⁴⁵

Segundo a doutrina, a possibilidade de, esgotadas as vias ordinárias, ocorrer constrição de bens, decorre do sistema de *checks and balances* (controle recíproco dos poderes da república) proveniente da própria Constituição, pois o direito à tutela jurisdicional não pode ser “só o direito formal e a possibilidade teórica de recorrer aos tribunais.”³⁴⁶ Frise-

³⁴⁴ “En la prensa alemana del 15 de agosto 2002 se puede leer de un caso de ejecución forzosa que se ocurrió en Bélgica. Philippe Mormal, agente ejecutivo del Reino de Bélgica, anheló la entrada al Ministerio de Justicia, donde embargó, muebles, tapices, pintura y otros objetos con un valor de acerca 40.000 Euro. Este embargo fue fundado en una sentencia del Tribunal de Lieja, que había condenado al Estado belga al pago de una cantidad de dinero.” (BLANKE, Hermann-Joseph. “El Patrimonio Financiero como Bien Público Ejecutable en el Derecho Alemán.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 343)

³⁴⁵ SOMMERMANN, Karl-Peter. “A Execução Forçada por Quantia Certa Contra a Fazenda Pública no Direito Alemão.” Trad. Luis Greco. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 115.

³⁴⁶ SOMMERMANN, Karl-Peter. “A Execução Forçada por Quantia Certa Contra a Fazenda Pública no Direito Alemão.” Trad. Luis Greco. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 107.

se que, no entanto, o próprio autor indica que há vozes dissonantes (Otto Mayer³⁴⁷), defendendo a imunidades dos bens da República Alemã, tese que não prevaleceu.

Basicamente são duas as formas de execução contra a Fazenda Pública alemã: indireta, com aplicação de multa pessoal ao administrador e real, com perseguição de bens (móveis ou imóveis) da República, para alienação judicial, *verbis*:

“... o Direito de execução prevê em especial a aplicação e, se for o caso, a execução de uma multa coercitiva (*Zwangsgeld*) contra a autoridade (vejam-se o § 172 da *Verwaltungsgerichtsordnung*, o § 201 da *Sozialgerichtsgesetz* e o da § 154 *Finanzgerichtsordnung*). No que toca à execução por quantia certa, estão previstas em especial normas protetivas em favor do ente público.”³⁴⁸

A ZPO tem aplicação subsidiária em qualquer tipo de execução,³⁴⁹ e ditará as regras de expropriação, caso seja necessário levá-la a efeito, mesmo sendo a condenação de cunho administrativo, pois multifacetária a organização da justiça naquele país.³⁵⁰

Bom, voltando ao procedimento de execução, diz a última parte da citação acima transcrita que na execução por quantia certa existem algumas normas protetivas que atuam em favor do Estado: mas não se imagine que são regras de imunidade. Assim como funciona na execução contra o particular, à Fazenda Pública é dado o direito apenas de apresentar uma lista de bens que considera impenhoráveis.

Procedimentalmente, transitada em julgado a condenação, o juiz ou corte administrativa encaminhará ao ente de direito público a certificação da ordem de pagamento que deverá ser liquidada em trinta dias, sob pena de execução forçada:

“En caso de que la autoridad deje transcurrir estérilmente el anuncio de la ejecución forzosa, el tribunal de primer instancia dispone por auto la ejecución (§ 170 párrafo 1 apartado 1 *VwGO*) y a solicitud del acreedor. En el decreto judicial el Tribunal determina en forma discrecional también las

³⁴⁷ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução Contra a Fazenda Pública: regime de precatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 169.

³⁴⁸ SOMMERMANN, Karl-Peter. “A Execução Forçada por Quantia Certa Contra a Fazenda Pública no Direito Alemão.” Trad. Luis Greco. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 109.

³⁴⁹ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução Contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 60.

³⁵⁰ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução Contra a Fazenda Pública: regime de precatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 169.

medidas de ejecución y solicita la dependencia competente a realizarlas (§ 170 párrafo 1 apartado 2 *VwGO*).³⁵¹

Frise-se, como dito anteriormente, que a penhora é livre, tanto de bens móveis, imóveis e dinheiro, e atua em conjunto com as regras de sub-rogação as regras de coerção sobre a autoridade responsável, constituindo mesmo *danos à reputação do Estado e confiança dos cidadãos*, nas palavras de Hermann-Joseph Blanke, o descumprimento imotivado das ordens judiciais. Alertam ambos os professores alemães que, em decorrência das experiências econômicas nos momentos de guerra, a legislação alemã permite amplamente a decretação de falência dos entes estatais, com execução concorrential sobre seu patrimônio.

7.1.3 Espanha

7.1.3.1 O Julgamento da Corte Constitucional espanhola como demonstração da possibilidade de derrotabilidade das normas

Este trabalho desenvolve-se com a premissa de que o regime da execução contra a Fazenda Pública adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é, do estrito ponto de vista normativo, instrumento eficaz na proteção dos interesses em jogo, quais sejam: a satisfação do credor e a preservação do patrimônio público e/ou a garantia de continuidade dos serviços públicos.

No entanto, a ausência de regra que contorne o *não pagamento do precatório* e que acaba por tornar *intangível* o direito do credor quando o ente fazendário não adimple voluntariamente (*rectius*, dentro das regras do art. 100 da CF), induz a *distorções inaceitáveis* do ponto de vista ético, moral e jurídico. O direito deve proteção ao patrimônio público, mas o credor não pode ser simplesmente esquecido. *Ainda mais quando seu crédito se materializa em sentença judicial transitada em julgado!*

O objetivo destas linhas é demonstrar que o direito não é sinônimo de lei, mormente de lei expressa. O direito, pelo contrário, é feixe de regras jurídicas, morais e éticas que se

³⁵¹ BLANKE, Hermann-Joseph. “El Patrimonio Financiero como Bien Público Ejecutable en el Derecho Alemán.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 343.

complementam e permitem, no caso concreto, decisões *contra legem* (direito como sistema de normas superáveis), “*diante de hipóteses não previstas ou mal reguladas pelo legislador.*”³⁵²

A execução contra a Fazenda Pública é, sem dúvida, um instituto que leva a hipóteses fáticas não reguladas ou mal reguladas pelo legislador.

E a experiência espanhola nos demonstra que um sistema de Direito efetivamente democrático tem mecanismos para ultrapassar barreiras normativas, ou obstáculos causados por lacunas, na busca de efetividade dos direitos fundamentais do cidadão.

7.1.3.2 A impenhorabilidade dos bens públicos na Espanha

A regra de impenhorabilidade de bens públicos – em maior ou menor grau – é observada em vários países, como por exemplo, a Espanha. Neste país – como também no Brasil – a regra é da impenhorabilidade absoluta;³⁵³ todos os bens do Estado são impenhoráveis e, como aqui, também lá não há regra que permita, ainda que de maneira *relativa*, a penhora de bens públicos.

Neste sentido, doutrinam Maria Concepción Escudero Herrera,

“Y todo esto porque cuando un bien se halla materialmente afectado a un servicio público o a una función pública específica, constituye el ‘soporte material’ de dicha actividad y, por tanto, es un medio material necesario para la realización efectiva de los intereses generales a los que sirve la Administración.

La eficacia de la actuación de la Administración Pública y la continuidad en la prestación de los servicios públicos justifica su inembargabilidad.”³⁵⁴

Milagro López Gil, também comentando o sistema espanhol de execução contra a Fazenda Pública reafirma a impenhorabilidade absoluta dos bens estatais, *verbis*:

“Debemos adelantar que dichos límites existen cuando de sentencias contra la Administración se trata: la posibilidad de inejecución y la inembargabilidad de los bienes públicos. Efectivamente, la ejecución de condenas pecuniarias se encuentra afectada por dos instituciones distintas, en primer lugar, la obligación de la Administración de sujetarse a las normas presupuestarias [*orçamentárias*] para hacer frente a sus obligaciones dinerarias y, en segundo lugar, la pervivencia de

³⁵² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação Contra Legem: a Teoria do Discurso e a Justificação Jurídica nos Casos Mais Difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 5.

³⁵³ FARRERES, Germán Fernández. “La Posición del Tribunal Constitucional Español sobre el Privilegio de Inembargabilidad de los Bienes Públicos y la Ejecución de Sentencias Condenatorias de las Administraciones Públicas.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 29.

³⁵⁴ HERRERA, Maria Concepción Escudero. *Los Obstáculos a la Efectividad de las Sentencias en el Contencioso-Administrativo, y sus Soluciones*. Madrid: Librería-Editorial Dykinson, 2005, p. 170.

instituciones decimonónicas que imposibilitan la persecución de los bienes de las Administraciones públicas. Nos referimos a la inembargabilidad.”³⁵⁵

No entanto, o ordenamento jurídico espanhol prevê que, se a Administração Pública não faz frente, no prazo de três meses, à ordem de pagamento emanada pelo tribunal judicial ou administrativo³⁵⁶ e, também neste prazo, não solicita a realização de audiência para explanar suas dificuldades em pagar o débito (podendo até obter uma moratória, porém com limites estabelecidos pelo próprio juiz) ou, ainda, deixar de propor qualquer tipo de acordo com o credor,³⁵⁷ cabe ao exequente valer-se dos meios executórios previstos na *Ley de Enjuiciamiento Civil*.³⁵⁸

Segundo Maria Concepción Escudero Herrera,³⁵⁹ este prazo para que a administração pública explique a razão pela qual está impossibilitada de fazer frente à condenação é peremptório, salvo se o motivo que impede o pagamento for posterior ao previsto na lei para apresentação deste incidente.

Apresentada, ou não, a justificativa o juiz expede a ordem de pagamento, para início da fase de execução do julgado.

Acontece que, a mesma lei que reza caber a execução forçada em caso de descumprimento da ordem de pagamento também diz, em seu art. 576, que esta execução deve manter íntegro os privilégios fazendários. O que equivalia ao conhecido “dar com uma mão e tirar com a outra”. Eis a redação da *alínea “3”* do art. 576 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, verbis:

Artículo 576 Intereses de la mora procesal

(...)

3. Lo establecido en los anteriores apartados será de aplicación a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional, los laudos arbitrales y los

³⁵⁵ GIL, Milagros López. “La Defensa de los intereses públicos como límite a la ejecución de sentencias contra la Administración.” *Revista CEJ* 36/75. A informação contida nas chaves é nossa.

³⁵⁶ Ley de lo Contencioso-Administrativo, art. 106.3: “... transcurridos tres meses desde que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla, se podrá instar la ejecución forzosa.”

³⁵⁷ Ley de lo Contencioso-Administrativo, art. 106.4: “Si la Administración condenada al pago de cantidad estimase que el cumplimiento de la sentencia habría de producir trastorno a su Hacienda, lo pondrá en conocimiento del Juez o Tribunal acompañado de una propuesta razonable para que, oídas las partes, se resuelva sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa para aquélla”.

³⁵⁸ Direito que, no entanto, não poderá ser exercido quando haja, conforme previsto na *Ley Orgánica del Poder Judicial*, art. 105.3 “peligro cierto de alteración grave del ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos; temor fundado de guerra, y quebranto de la integridad del territorio nacional.”

³⁵⁹ HERRERA, Maria Concepción Escudero . *Los Obstáculos a la Efectividad de las Sentencias en el Contencioso-Administrativo, y sus Soluciones*. Madrid: Librería-Editorial Dykinson, 2005, p. 170.

acuerdos de mediación que impongan el pago de cantidad líquida, *salvo las especialidades legalmente previstas para las Haciendas Públicas.*”

O que implica(va) em dizer que, não adimplida – na Espanha – a ordem de pagamento judicial, deve(ria) ocorrer o que acontece no Brasil: nada! Porém, o Tribunal Constitucional daquele reino, concretizando o direito à efetiva tutela jurisdicional, declarou a inconstitucionalidade das regras que vedavam a penhora de bens do Estado, *somente quando não respeitados os prazos da lei de regência*, dando uma solução (longe de ser a melhor, mas deu uma solução!), à hipótese de desrespeito que alguns administradores pudessem ter as ordens de pagamento em dinheiro.

Entende-se, *data venia*, que a *derrotabilidade das regras é topoi* argumentativo que pode servir para construir soluções jurídicas que concretizam direitos fundamentais, por isso passaremos a verificar a decisão da Corte Constitucional espanhola com mais atenção.

7.1.3.3 A mora espanhola e a decisão da Corte Constitucional daquele país

E, como aqui no Brasil, o reino espanhol abusava da regra contida no art. 576 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, que acima transcrevemos.

Mas em decisão que se transformou em marco no estudo da efetividade do processo no direito espanhol, o Tribunal Constitucional afastou a impenhorabilidade dos bens públicos no caso de desobediência da autoridade administrativa à ordem de pagamento – desde que os bens indicados pelo credor não estivessem sendo utilizados e/ou não estivessem diretamente ligados a atividade essencial do Estado, ou igualmente, não fossem bens de utilização comum do povo (bens dominiais).³⁶⁰

Eis o “dispositivo” da decisão:

“En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española, ha decidido estimar parcialmente la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso ‘y bienes en general’ del art. 154.2 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en la

³⁶⁰ Para um panorama bastante elucidativo da decisão, sua extensão, e decisões posteriores que ampliaram o limites dos bens impenhoráveis, cf.: FARRERES, Germán Fernández. “La Posición del Tribunal Constitucional Español sobre el Privilegio de Inembargabilidad de los Bienes Públicos y la Ejecución de Sentencias Condenatorias de las Administraciones Públicas.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 32-35.

medida en que no excluye de la inembargabilidad los bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público.”³⁶¹

A norma em debate é a *Ley 38/1988* que trata dos bens das *Haciendas Locales* (lei que regulamenta o direito financeiro e gestão de bens na Espanha) e cuja expressão “*y bienes en general*” expressa no art. 154.2 declarada inconstitucional pela Corte Constitucional Espanhola. Eis a redação do dispositivo:

Art. 154 (...)

2. Los Tribunales, Jueces y Autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargos contra los derechos, fondos, valores ~~y bienes en general~~ de la Hacienda Local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las Entidades locales.

A decisão, então, manteve a impenhorabilidade, em geral, dos bens dos entes públicos, ressalvando, porém, que os “bens em geral” da Coroa Espanhola são *penhoráveis*, como explica o relator da “*sentencia*”, Juiz Don Julio Diego González, que lavrou o voto que expressa a vontade da Corte Constitucional Espanhola.

Porém, diferente do que se pode pensar, o julgamento que extirpou do ordenamento jurídico a impenhorabilidade dos bens dominicais da Coroa Espanhola não se deu em sede de controle concentrado de constitucionalidade – *mas decorreu de um caso específico* – em que uma empresa credora não conseguiu receber os créditos reconhecidos judicialmente, em ação que o município de Burgos restou condenado a pagar a quantia de 51.567.000 pesetas, mais 10.000 pesetas de custas e outras despesas processuais.

Entendamos o caso.

A empresa “Castellana de Publicidad Exterior S.A.” prestou serviços à municipalidade que não foram pagos, e esta última restou condenada em primeira e segunda instância. Na fase de execução do julgado, o ente público comunicou ao juiz que incluiu no orçamento a quantia de R\$ 13.459.460 pesetas, para o exercício seguinte, pois a empresa possuía dívidas tributárias e fiscais com a municipalidade. A empresa recorreu e obteve em segunda instância o direito de receber seus créditos sem a compensação desejada pela municipalidade.

Escoado, portanto, o prazo para pagamento voluntário e, vencida em sua pretensão de compensação, nada mais fez a Municipalidade de Burgos, dando azo à petição da empresa credora, requerendo que o juízo aplicasse o art. 576 da *Ley de Enjuicyamento Civil*, afastando

³⁶¹ Tribunal Constitucional de España, Pleno, STC 166/1998, j. em 15/07/1998, *BOE* 197/74.

a impenhorabilidade dos bens públicos, como punição pela inércia “dolosa” do município, que correspondia a um ato de desobediência e desrespeito ao judiciário.

Eis uma suma da petição que a empresa apresentou, transcrita no corpo do próprio acórdão:

“No habiendo dado cumplimiento el Ayuntamiento demandado a la Sentencia dictada en los presentes autos, sino que por el contrario viene haciendo gala, con su actitud pasiva frente a los diversos requerimientos de pago efectuados, de una voluntad manifiesta de desatención a las resoluciones judiciales, las cuales han de ser de observancia inexcusable por todos a quienes afecten, conforme al art. 117.3 C.E. y art. 8 L.O.P.J., procede adoptar las medidas necesarias para que se dé cumplimiento a la Sentencia en sus propios términos, a tenor del art. 110.2 L.J.C.A., y entre ellas, no habiendo abonado ni consignado en el Juzgado la cantidad prevista en los presupuestos para este año, 13.459.460 ptas., se acuerda el embargo de bienes patrimoniales del Ayuntamiento, que no le (sic) sean comunales ni de dominio público, en cuantía suficiente a cubrir las cantidades a cuyo pago ha sido condenado en los presentes autos, pudiendo realizarse el citado embargo por aplicación del art. 80.1 de la Ley de Bases de Régimen Local, que declara la inembargabilidad de los bienes comunales y de dominio público, a sensu contrario, sí cabe el embargo cuando se trate de bienes patrimoniales de propios, e igualmente por aplicación del art. 3 de la Ley de Haciendas Locales de 30 de septiembre de 1988. Y ello sin necesidad de previo requerimiento de pago, conforme al art. 921 L.E.C.”

O magistrado de primeira instância acolheu o pedido, tendo em vista o afronte da municipalidade, que apelou da decisão. O Tribunal de Apelação, entretanto, não julgou o recurso: *entendeu que a questão versava sobre a (in)constitucionalidade das regras de privilégio da fazenda, remetendo os autos à Corte Constitucional.*

Eis, em suma, o caso que os juízes da Corte maior da Espanha julgaram.

Frise-se a *quaestio iuris* que foi apreciada. A impenhorabilidade absoluta dos bens na Espanha decorria de lei, exatamente como no Brasil (demonstraremos esta afirmação no item 7.3 desta tese).

Por isso entende-se que este *leading case* demonstra que o Poder Judiciário brasileiro tem em mãos ferramentas para impor suas decisões, dentro de parâmetros que, de um lado, garantam a fruição do direito fundamental à jurisdição efetiva e, de outro, preserve incólume a continuidade dos serviços prestados pela Administração Pública.

Continuando a apreciar o julgado do Tribunal Constitucional Espanhol, o relator faz uma suma dos alentados argumentos que o Procurador Geral do Reino Espanhol fez em favor da inconstitucionalidade dos dispositivos, em trecho que se pede vênua para transcrever:

“Concluye el Fiscal General su argumentación, con cita de las SSTC 61/1984 y

113/1989, entendiendo innecesario

‘entrar a valorar la proporcionalidad de los valores constitucionales en concurrencia: Tutela judicial y cumplimiento de los fines del servicio público que la Administración ha de prestar con eficacia. Basta con que el legislador disponga medidas definitivas en orden a que se ejecuten los fallos judiciales para que desaparezca tal concurrencia. El defecto, pues, está en la falta de esas medidas, que provoca una justificada insatisfacción en el panorama general del cumplimiento de las resoluciones judiciales, no en que los bienes de las personas jurídicas públicas sean inejecutables judicialmente’.”

Percebamos todos que a autoridade convidada a *defender* o ato *acabou por confirmar sua inconstitucionalidade*, argumentado tratar-se de uma *falsa* questão de conflito de direitos: a sentença judicial *deve, sempre, prevalecer*, tendo em vista que o direito a uma tutela efetiva (satisfativa) *é direito fundamental de grandeza infinitamente maior que o de direito de proteção do patrimônio público não vinculado a nenhuma função social*. Na visão do Procurador Geral, o que falta é apenas uma *norma que concretize o direito a receber a quantia*, não havendo, pelo lado da Fazenda Pública, nenhum direito de igual quilate para se ponderar.

O relator, então, coloca em debate o argumento, aceito por todos, de que há de se reconhecer como válidas as regras que garantam limites à tutela executiva quando o devedor é o Estado, nestes termos:

“Ahora bien, el embargo en cuanto medida de ejecución forzosa puede estar sujeto a concretas limitaciones legales. Limitaciones cuya genérica justificación constitucional se halla, como hemos declarado reiteradamente, en que ‘el art. 24.1 C.E. no reconoce un derecho incondicional y absoluto a la prestación jurisdiccional sino un derecho a obtenerla por las vías procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal’ (STC 140/1995, fundamento jurídico 6º, con cita de las SSTC 19/1981, 49/1983, 113/1990 y 172/1991).

De este modo, el legislador, por razones de ‘interés público y social’, puede excluir ‘determinados bienes y derechos de la ejecución forzosa, declarándolos inembargables y prohibiendo, en su consecuencia, que el ejecutante proyecte su ejecución sobre los mismos, que podrían ser objeto de la actividad ejecutiva de no mediar la prohibición’ (STC 113/1989, fundamento jurídico 3º). De suerte que, aun admitiendo que la inembargabilidad que establece el primer inciso del art. 154.2 L.H.L. constituya un régimen legal especial en cuanto excluye dichos bienes de la ejecución forzosa y, por tanto, que el legislador se ha apartado sustancialmente del régimen común en esta materia establecido por los arts. 919, 921 y concordantes de la L.E.C., ello no determina por sí sólo la inconstitucionalidad de dicho precepto. Pues ésta sólo surgirá ‘de la ausencia de justificación objetiva de la especialidad o, aun existiendo ésta, de la falta de proporción entre la finalidad perseguida y el sacrificio impuesto’ (STC 4/1988, fundamento jurídico 5.o). Por lo que, en definitiva, hemos de comprobar si la inembargabilidad del art. 154.2 L.H.L., que está directamente relacionada con el régimen de pago previsto en el art. 154.4 de la misma Ley como antes se ha dicho, responde o no ‘a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la debida proporcionalidad con dichas finalidades’ (STC 113/1989, fundamento

jurídico 3º).”

Porém, já partindo para o desfecho do julgamento, o relator começa a ponderar que, se é indiscutível que os bens da fazenda pública estão sujeitos a uma disciplina que lhes protege, indiscutível também é que a Constituição Espanhola garante, ao mesmo tempo, (i) tutela jurisdiccional efetiva e, (ii) tramitação do processo sem dilações indevidas, com estas palavras:

“De lo que se desprende, en suma, que si bien los entes locales deudores están sometidos al principio de legalidad en materia de gasto público, no están menos obligados a ejecutar la Sentencia condenatoria en sus propios términos. Pues si no lo hiciera así y dilatase su cumplimiento más allá de un plazo razonable, se produciría una lesión del art. 24 C.E., que garantiza el derecho del particular acreedor a la tutela judicial efectiva y, en este caso, a la ejecución, sin dilaciones indevidas, de las resoluciones judiciales firmes. Lo que conduce a examinar si el régimen general de pago previsto en el art. 154.4 L.H.L. garantiza, en todo caso, que no se produzca este resultado negativo.”

Feitas estas ponderações, o relator faz uma análise muito fria das consequências do não pagamento das condenações judiciais pelo ente de direito público, concluindo que o administrador pode, no máximo, ser processado pelo crime de desobediência, *não cabendo nenhuma medida efetiva para que a ordem judicial de pagamento de concretize*. Eis as palavras do relator, que desembocarão diretamente na conclusão do julgado:

“En efecto, si nos atenemos al tenor de los preceptos que se acaban de mencionar cabe observar que el inciso inicial del art. 154.4 L.H.L. sólo dispone que el pago se acordará ‘en la forma y con los límites del respectivo presupuesto’. Sin que se imponga a la Administración local deudora ninguna obligación adicional de comportamiento en relación con las actuaciones que ha de llevar a cabo ni tampoco un límite en cuanto al tiempo en que aquélla ha de proceder al pago. Cuando es preciso admitir que una dilación por parte de la Administración local, por no actuar con la debida diligencia, indudablemente ‘afecta en el tiempo a la efectividad del derecho fundamental’, como hemos declarado en la STC 67/1984, fundamento jurídico 2º, respecto a la actividad judicial en igual supuesto.

De otra parte, en atención a la efectividad que constitucionalmente caracteriza a la tutela judicial y de la que indudablemente participa el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, no cabe estimar que la vulneración del derecho fundamental que puede producirse si la Administración local persiste en el incumplimiento de la Sentencia condenatoria quede excluida por la compensación que el particular ha de percibir en concepto de intereses de demora. Pues basta reparar en que con tal medida lo que únicamente se pretende es ‘indemnizar al acreedor del impago el lucro cesante, dándole lo que hubiere podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida que le adeuda’. Y por ello ha de recibir tales intereses para evitar así que ‘el ciudadano, cuando trate con las Administraciones Públicas y sea acreedor, resulte peor tratado por no conseguir la íntegra compensación de un derecho de crédito reconocido judicialmente’ (STC 69/1996, fundamento jurídico 4º y, en el mismo sentido, SSTC 23/1997 y 141/1997).

B) En segundo término, el art. 154.4 L.H.L. ha previsto en su segundo inciso el recurso a un crédito extraordinario o a un suplemento de crédito para proceder al pago. Aunque dicho precepto sólo determina, con imprecisión en cuanto al destinatario, que «deberá solicitarse del Pleno» de la Corporación municipal ‘dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación judicial’. De suerte que si se entendiera que también en este supuesto opera lo dispuesto en el art. 151.2 b) L.H.L., la obligación de solicitar el crédito recaería, sorprendentemente, sobre el particular acreedor y no sobre la Administración local deudora, pese a habersele notificado la Sentencia condenatoria; lo que no se compadece con el mandato del art. 118 C.E. A lo que cabe agregar, de otra parte, que el recurso a las mencionadas técnicas de modificación de los créditos presupuestarios no está exento de limitaciones y condicionamientos legales, al exigirse la especificación en el expediente del medio o recurso que ha de financiar el aumento que se propone (art. 158 L.H.L. y arts. 34 y siguientes del Real Decreto 500/1990).

C) Por último, se ha invocado la existencia de otra vía legalmente prevista para hacer efectivo el cumplimiento de una Sentencia condenatoria: Que el Juez, tras requerir a la Administración local deudora, deduzca el correspondiente testimonio por delito de desobediencia caso de que dicho cumplimiento no se produzca dentro de un plazo razonable. Medida a la que se ha hecho referencia en decisiones anteriores de este Tribunal (SSTC 67/1984 y 294/1994, entre otras).

No obstante, aunque esta medida pueda ciertamente potenciar el cumplimiento de la Sentencia que condena a una Entidad local al pago de una cantidad líquida, no es menos cierto que, por su misma naturaleza y el ámbito legal en el que opera, no constituye un cauce legal que, en todo caso, permita hacer efectivo el pago al particular. Pues basta reparar en que la Entidad local es la obligada al cumplimiento de la Sentencia condenatoria, pero en cambio no puede ser objeto de una sanción penal por desobediencia. De suerte que tal medida en realidad sólo opera de forma indirecta.

De lo que resulta, en suma, que el art. 154.4 L.H.L. no impide que el ente local deudor persista en el incumplimiento de la Sentencia condenatoria y posponga o difiera el pago al particular, pese a que tanto éste como el órgano jurisdiccional hayan actuado con la debida diligencia e intensidad legal posible para remover la obstaculización producida (STC 67/1984, fundamento jurídico 2º). De suerte que, agotada la eficacia del régimen general de pago del art. 154.4 L.H.L., caso de que no se satisfaga el derecho de crédito del particular, y, por tanto, se incumpla la resolución judicial condenatoria, se plantea el problema de la”

As palavras do relator são contundentes. O que se passava em Espanha, quando o ente público não obedecia aos trâmites da execução (privilegiada) que a fazenda pública possuía? Nada. No máximo, o administrador responderia pela prática do crime de desobediência, mas o cidadão continuava sem obter o direito ao crédito, direito este protegido por norma de direito fundamental. *Tal situação – entendeu a Corte Constitucional Espanhola – não compadece de nenhum prestígio na ordem jurídica constitucional, a merecer uma decisão que afaste a impossibilidade do Judiciário fazer cumprir suas decisões.*

E, assim, arrematando seu voto,

“En atención a lo expuesto en los fundamentos precedentes, fácilmente ha de llegarse a una conclusión: Que el régimen general de pago previsto en el art. 154.4

L.H.L. no garantiza, por sí sólo, que la Entidad local deudora cumpla con el mandato judicial, pudiendo posponer o diferir la ejecución de la Sentencia y quedando así insatisfecho el derecho de crédito del particular acreedor, por lo que la inembargabilidad establecida en el art. 154.2 L.H.L., en la medida en que se extiende a ‘los bienes en general de la Hacienda local’ y comprende los bienes patrimoniales no afectados materialmente a un uso o servicio público, no puede considerarse razonable desde la perspectiva del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes que el art. 24.1 C.E. reconoce y garantiza. Pues no está justificada en atención al principio de eficacia de la Administración Pública ni con base en el de la continuidad en la prestación de los servicios públicos. Ni tampoco puede considerarse proporcionada en atención a la generalidad con que se ha configurado este obstáculo o limitación al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, excediendo así notoriamente las finalidades que la justifican. Como antes se ha dicho, cuando un bien se halla materialmente afectado a un servicio público o a una función pública específica, constituye el ‘soporte material’ de dicha actividad (STC 227/1988, fundamento jurídico 14) y, por tanto, es un medio material necesario para la realización efectiva de los intereses generales a los que sirve la Administración. De suerte que su inembargabilidad está justificada en atención a la eficacia de la actuación de la Administración Pública y la continuidad en la prestación de los servicios públicos. Mientras que no cabe estimar otro tanto respecto a los bienes patrimoniales de una Entidad local no afectados materialmente a un servicio público o una función pública, pues el interés general sólo está presente en atención a su titular, un ente público, pero no en cuanto a la actuación que a aquélla corresponde llevar a cabo ni al ejercicio de concretas potestades administrativas.”

Finalmente, o relator expõe sua conclusão: os bens públicos não afetos a uma *finalidade pública* não estão fora de comércio, podendo ser amplamente negociados mediante os procedimentos administrativos e legais pertinentes. Ora! Estes bens, então, podem concretizar e otimizar a garantia de tutela jurisdicional efetiva, sem colocar em risco a continuidade dos serviços públicos estatais, razão pela qual a impenhorabilidade destes bens são inconstitucionais, *desde que o ente de direito público não cumpra a ordem de pagamento nos prazos e formas legais:*

“En definitiva, hemos de llegar a la conclusión de que, observado el procedimiento para la válida realización del pago (art. 154.4 L.H.L. y concordantes) si el ente local deudor persistiera en el incumplimiento de su obligación de satisfacer la deuda de cantidad líquida judicialmente declarada, el privilegio de inembargabilidad de los ‘bienes en general’ de las Entidades locales que consagra el art. 154.2 L.H.L., en la medida en que comprende no sólo los bienes demaniales y comunales sino también los bienes patrimoniales pertenecientes a las Entidades locales que no se hallan materialmente afectados a un uso o servicio público, no resulta conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva que el art. 24.1 C.E. garantiza a todos, en su vertiente de derecho subjetivo a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes.

En estos términos, procede declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso ‘y bienes en general’ del art. 154.2 L.H.L. con el alcance anteriormente reseñado, sin perjuicio de que el legislador introduzca en dicho precepto las determinaciones precisas que se derivan de este pronunciamiento.”

É de se destacar que o tribunal não declarou a regra inconstitucional *a priori* e, sim, mediante situações de afronta que poderíamos defender tratar-se de “*hipóteses não previstas ou mal reguladas pelo legislador.*”³⁶²

Fernando Andreoni Vasconcellos define assim a derrotabilidade:

“[...] a ideia segundo a qual a norma jurídica (interpretação jurídica) pode ser derrotada, afastada, não aplicada, *em razão da existência de um fato, interpretação ou circunstância com ela incompatível.* Em termos processuais, pode-se falar em fatos *impeditivos, modificativos* ou *extintivos* capazes de infirmar a norma *prima facie*, derrotando-a a fim de permitir a aplicação de uma norma excepcional, diferente daquela prevista *a priori* a partir da literalidade textual.”³⁶³

Segundo a Corte Constitucional Espanhola a impenhorabilidade dos bens do reino é legítima. Mas existe uma hipótese (i) não regulada que (ii) torna a regra, aprioristicamente legítima, em ilegítima: a ausência de efetividade das decisões judiciais (fato impeditivo, modificativo e/ou extintivo). Da somatória destes dois fatores (i + ii), admitiu a Corte Espanhola a “derrota”,³⁶⁴ a “ultrapassagem” da regra da impenhorabilidade. Neil MacCormick, doutrina Thomas de Bustamante, é o artífice desta teoria, que vê o direito *como um sistema de “normas”* que podem ser *superadas (derrotadas)* “as condições para aplicação de um princípio ou regra jurídica válida estão satisfeitas, mas mesmo assim a conclusão (gerada por essas normas) não é alcançada”³⁶⁵ ou a conclusão afasta-se daquilo que é o razoável e esperado para a situação em debate.

Como ensina Fernando Andreoni Vasconcellos, o primado de validade das regras não fica arruinado com a aplicação da derrotabilidade. *Somente de comprovado, no debate judicial, que a norma cabível gera uma consequência não admissível para o direito, é que se admite sua inaplicabilidade.* Há uma questão de “ônus da prova”³⁶⁶ para se admitir a derrota da regra, algo que deve ser escrupulosamente observado pelo Poder Judiciário.

³⁶² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação Contra Legem: a Teoria do Discurso e a Justificação Jurídica nos Casos Mais Difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 5.

³⁶³ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica Jurídica e Derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 12.

³⁶⁴ A teoria da “defensabilidade” (derrotabilidade) da norma, de Neil MacCormick é bastante estudada na Europa e no México. Giovanni Sartor aduz: “MacCormick views implicit defeasibility as being connected to the way in which the law is formulated: the express formulation of the law does not (and cannot) take explicitly into account all possible exceptions. Not only would this assign to the legislator an impossible task, but it would also compromise the clarity and conciseness of the law.” (SARTOR, Giovanni. *Syllogism and Defeasibility: a comment on Neil MacCormick’s rhetoric and the rule of law*. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2006, p. 9)

³⁶⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação Contra Legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 233.

³⁶⁶ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica Jurídica e Derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 12.

No caso em testilha, a Corte Espanhola fez, exatamente, isso. Afirmou com convicção que o regime de impenhorabilidade de bens é válido, desde que, (a menos que), não viole o direito à tutela jurisdicional efetiva. *Somente quando percutido o direito fundamental admite-se a “derrota” da impenhorabilidade.* Em outras palavras, a decisão da Corte Constitucional Espanhola partiu da “[...] admisión de que ellas [as normas jurídicas de impenhorabilidade dos bens públicos] están sujetas a cláusula de final aberto, i.e., *a excepciones no taxativamente enumerables.*”³⁶⁷

Esta ideia de Pablo Navarro e Jorge Rodríguez é a central, no que tange a derrotabilidade: *É inerente ao direito, pois é da natureza das coisas, que a toda regra exista uma, ou algumas, exceções – ainda que o legislador não as preveja.* O que esta teoria visa a acentuar é que *não é possível ao legislador estabelecer aprioristicamente todas as exceções possíveis na aplicação de uma regra,* embora uma legislação recheada de conceitos indeterminados e cláusulas gerais seja uma tentativa de o legislador deixar a cargo do juiz a “sintonia fina”³⁶⁸ daquilo que o tipo legal visa a regular.

De maneira mais analítica, Thomas de Bustamante – forte em Neil MacCormick – aduz:

“Com efeito, é possível, devido à anormalidade de uma situação jurídica concreta, ir contra o que está expressamente estabelecido, recorrendo-se àquelas normas e valores que estão implicitamente consignados na ordem jurídica. De acordo com Neil McCormick (1995: 103), isso tem origem nos limites à precisão (*accuracy*) e à exaustividade (*exhaustiveness*) dos enunciados jurídicos (*statements of the law*). Nesta perspectiva, muita das *condições para a aplicação do direito (background conditions)* permanecem implícitas (*unstated*), especialmente nos casos excepcionais onde a hipótese de incidência da norma é muito aberta em relação ao caso. Todo condicional jurídico está sujeito a exceções que surgem diante de um caso particular; assim, as condições para a aplicação de uma regra jurídica a um caso concreto são tão-somente “ordinariamente necessárias” e “presumidamente suficiente” para o surgimento das conseqüências jurídicas..., o que ocasiona a *superabilidade prática* das normas jurídicas.”³⁶⁹

Com inspiração neste caso que a Corte Constitucional Espanhola julgou, fixa-se a premissa de que uma *determinada norma pode ser afastada* [impenhorabilidade dos bens dominicais do Estado] não só, quando *por si só*, seja considerada injusta, como também, quando a injustiça decorre da sua aplicação *no caso concreto*, embora, na maioria dos casos,

³⁶⁷ NAVARRO, Pablo; RODRÍGUEZ, Jorge. “Derrotabilidad y Sistematización de Normas Jurídicas.” *Isonomía* 13/62-63 - grifamos.

³⁶⁸ BAYÓN, Juan Carlos. “Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y Positivismo Jurídico.” *Isonomía* 13/89.

³⁶⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação Contra Legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 232-233. (Grifos no original)

seja considerada a mesma regra hígida e válida. Isso acontece, na Espanha e no Brasil, quando o Ente de Direito Público devedor não paga e não explica ao credor o porquê não paga, preferindo contingenciar a verba para outros compromissos, em flagrante desvio (abuso) de poder.

Resumindo: a impenhorabilidade dos bens públicos é legítima, “a menos que” o Ente devedor não abuse desta prerrogativa – não a transforme em “escudo” para o inadimplemento injustificado de suas obrigações judiciais,

Ora! Se o ente de direito público segue as regras orçamentárias previstas no ordenamento jurídico, *a discussão sobre a possibilidade (e constitucionalidade) da penhora de bens públicos sequer se coloca.* O que o tribunal espanhol fez foi “derrotar” uma regra que, de antemão é razoável, *somente quando ela se transforma em obstáculo para impedir a fruição de outro direito.* Entende-se que, ainda que não tenha se afirmado, o Tribunal Constitucional usou a teoria da derrotabilidade para tal conclusão.

Mutatis mutandis, na Itália – como narra Comoglio – aconteceu algo semelhante.

Naquele país havia lei que *proibia a penhora e sequestro de bens de Estados estrangeiros para pagamento de dívidas, por ato do Poder Judiciário*, e as medidas patrimoniais desta natureza ficavam exclusivamente à cargo do Ministro da Justiça (Lei 1.263, de 15/07/1926). Entretanto, em 1992, a Corte Constitucional decretou a *inconstitucionalidade* de tal dispositivo, permitindo aos juízes de direito tomar as medidas constritivas cabíveis, desde que não houvesse o cumprimento voluntário da ordem em prazo razoável e que incidisse apenas sobre “*beni non destinati all’esercizio di funzione sovrane, e quindi beni correlati ad attività jure gestionis o jure privatorum, ma non compressi nella sfera degli atti jure imperii degli Stati esteri, che fruiscono come tali della imunità.*”³⁷⁰

Em seguida quer se demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro (como o Espanhol e Italiano) admite igual solução. Para tanto, é necessário verificar o trato dos bens públicos em nosso direito.

³⁷⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. “Principi Costituzionali e Processo di Esecuzione.” *Rivista di Diritto Processuale* 2-1994/461.

7.2 Bens Públicos

O regulamento inicial dos bens públicos encontra-se, basicamente, no Código Civil, *verbis*:

CC, art. 99. Os bens públicos são:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

São bens públicos de uso comum do povo, ou seja, “... os locais abertos à utilização pública ou os bens destinados ao uso indistinto de todos.”³⁷¹ Há os que inclusive sustentam que os bens de uso comum do povo são equiparáveis a serviços, tendo em vista a possibilidade de fruição direta pelo povo, como pensa Cirne Lima.³⁷²

Outro tipo de bem público é o de uso especial, ou seja, “... instrumentos necessários à prestação de serviços públicos. Englobam, assim, os bens afetados a um estabelecimento ou serviço público. Seus beneficiários seriam os servidores públicos e/ou utentes dos serviços estatais.”³⁷³

Quando se coloca que os bens públicos de uso especial são os afetados a uma função pública, logo se admite que incidirá sobre eles a tutela prevista no art. 175 da CF. O problema se coloca quando um ente considerado público e, portanto, titular dos bens “de uso especial” exerce atividade econômica em sentido estrito, nos termos do artigo 173 da CF – em outras palavras – os bens seriam dominiais e, portanto, alienáveis e penhoráveis. Em relação as autarquias e fundações constituídas com patrimônio público,³⁷⁴ *o problema não se coloca*. O patrimônio destas está jungido às regras dos bens de uso especial.³⁷⁵

³⁷¹ MARRARA, Thiago. *Bens Públicos: domínio urbano: infraestruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 59.

³⁷² *Apud* MARRARA, Thiago. *Bens Públicos: domínio urbano: infraestruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 59.

³⁷³ MARRARA, Thiago. *Bens Públicos: domínio urbano: infraestruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 61.

³⁷⁴ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 1039.

³⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 58.

Já, em relação às outras modalidades de descentralização administrativa, existe um problema, pois aparentemente a tutela patrimonial do art. 173 da Constituição Federal ficaria restrita àquelas que exercem a exploração direta de atividade que se configurem como imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo.³⁷⁶

Logo, *aparentemente*, as sociedades de economia mista e as empresas públicas estariam vinculadas ao regime patrimonial executivo geral, mas, às vezes, a estrutura jurídica *privada* não corresponder à *função pública desempenhada*.^{377/378}

E se, mesmo com estrutura jurídica privada, a empresa estatal ou a sociedade de economia mista prestam serviços *essenciais* e *público* – mesmo reconhecendo que isso pode violar a ideologia que conduz este estudo – deve se reconhecer *a feição de patrimônio de uso especial e retirá-los do regime comum de alienabilidade*.³⁷⁹

As empresas públicas (*atividade econômica*), até para preservação da economia de mercado, estão proibidas de gozar de privilégios típicos da administração. As sociedades de economia mista, e as concessões de serviços públicos (*serviço público*), mesclam patrimônio particular e público, e aqui pode acontecer, excepcionalmente, de *bens públicos* estarem cedidos ao particular para a consecução da *finalidade pública* a que estão vinculados.³⁸⁰

Por isso, em regra, afiguram-se *penhoráveis* os bens das empresas públicas e das sociedades de economia mista,³⁸¹ com uma exceção em cada uma das espécies. Nas empresas públicas, embora exista certa controvérsia,³⁸² são impenhoráveis os bens da Empresa

³⁷⁶ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 494.

³⁷⁷ “... bens postos a uma atividade pública são, *ipso facto*, bens comprometidos com interesses transcendentais, interesses que concernem a toda a coletividade, motivo pelo qual recebem um tratamento jurídico protetor, obstativo de que pretensões patrimoniais de terceiros, por mais fundadas que sejam, possam prevalecer sobre bens públicos, *nada importando quem lhes detenha a titularidade*.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Impenhorabilidade dos Bens das Empresas Estatais Exercentes de Atividades Públicas.” *RTDP* 31/23)

³⁷⁸ “... o patrimônio de empresa estatal *prestadoras de serviço público* é patrimônio administrativo e, como tal, indisponível e submetido ao regime administrativo.” (ATALIBA, Geraldo. “Patrimônio Administrativo – Empresas Estatais Delegadas de Serviço Público – Regime de Seus Bens – Execução de Suas Dívidas.” *RTDP* 7/39 – grifei)

³⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica*. 2^a ed. São Paulo: RT, 1991, p. 138.

³⁸⁰ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 495.

³⁸¹ SPALDING, Mauro. *Execução Contra a Fazenda Pública Federal*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 87.

³⁸² SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução Contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 107. Na jurisprudência: “*Administrativo – Empresa Brasileira de Correios e Telegrafos/ECT – Art.123 do DL nº 506/69, na Parte que Instituiu a Impenhorabilidade dos Bens, Rendas e Serviços da Entidade*. Norma incompatível com a regra do § 1º do art. 173 da Constituição, pela qual os entes da Administração Indireta, que exploram atividade econômica, com no caso, estão sujeitos ao regime jurídico próprio das empresas privadas.” (STF, 1ª T., v.u., RE 222.041/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 15/09/1998, DJU 26/03/1999, p. 28). No mesmo sentido: TRF da 1ª R., 3ª T., v.u., AC 96.01.01412-8/BA, rel. Juiz Eustáquio Silveira, *RePro* 102/358.

Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT);³⁸³ nas sociedades de economia mista, como explica Luiz Fux, os bens não são – *a priori* – impenhoráveis, mas poderão sê-lo, pois a constrição “pode atingir bem integrante do patrimônio estatal que não se desvincula do serviço concedido.”³⁸⁴ Como atesta Araken de Assis,³⁸⁵ o STJ tem realizado uma análise caso a caso, mas ainda prepondera a posição de que os bens das empresas públicas são, em regra, *penhoráveis*.³⁸⁶

Resta, então, apenas verificar, no caso concreto, quais são os bens públicos (da administração direta, indireta) que foram entregues, por concessão, à sociedade de economia mista, para delimitar o campo e o regime patrimonial.

Por fim, aqueles bens que mais nos interessam, tendo em vista que os artigos 100 e 101 do Código Civil, deixam *evidente a possibilidade de alienação do bem público*, desde que seja *dominical*.

Nas exatas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello, dos bens dominiais aos de uso comum existe

“uma *progressiva*, crescente, identificação com o interesse público. Os dominiais apenas muito indiretamente beneficiam ou podem beneficiar a utilidade pública; os de uso especial já se apresentam como instrumento para sua efetivação e os de uso comum se identificam com a própria utilidade pública por meio deles expressada.”³⁸⁷

A gradação na classificação do Código Civil, que está em uma

“escala decrescente de interligação com a utilidade pública, obriga a reconhecer que existe em nosso sistema uma *ponderação do valor público deles* e, conseqüentemente, que *o grau de proteção que lhes deve assistir*

³⁸³ SPALDING, Mauro. *Execução Contra a Fazenda Pública Federal*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 87. Na jurisprudência do STF, depois da EC 19/98: “*Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – Impenhorabilidade de Seus Bens, Rendas e Serviços – Recepção do Artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69*. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Vícios no julgamento. Embargos de declaração rejeitados.” (STF, Pleno, v.u., EDcl no RE 230.051/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 11/06/2003, DJU 08/08/2003, p. 86)

³⁸⁴ FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 2004, p. 1.403.

³⁸⁵ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 1040, citando os seguintes precedente do STJ: REsp 343.618/SP e REsp 521.047/SP.

³⁸⁶ SAAD, Eduardo Gabriel. “Empresa Pública e Penhora de Bens.” *LTr* 58/314

³⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Desapropriação de Bem Público.” *RDP* 29/50.

*juridicamente está na relação direta do comprometimento de tais bens com a satisfação de necessidades públicas.*³⁸⁸

Os bens dominicais são, por assim dizer, “acidentalmente públicos”. Tanto que “prevaleceu o entendimento que os bens dominicais estão submetidos ao regime jurídico do direito comum (civil) com determinadas derrogações impostas em razão do interesse público.”³⁸⁹

Aqui reside o ponto central de todo nosso estudo. *A alienação dos bens dominicais não pressupõe desafetação.*

7.2.1 Função Social dos bens públicos

Como bem disse Eduardo Fortunato Bim,

“Os bens públicos devem estar vocacionados para cumprir não apenas a função social da propriedade, mas a sua própria função social, que deve atender a coletividade por simplesmente ser de todos. No regime democrático, não apenas o governo deve ser exercido para o povo, mas também o uso dos bens públicos. Por isso já se disse que ‘a propriedade pública é e não tem função social’ (Jambrenghi).”³⁹⁰

Sendo pública ou privada, a propriedade (e o exercício dos poderes de proprietário) deve jungir-se a uma função socialmente justificável.

Conforme doutrina José Diniz de Moraes, *a função social deve influir na exegese e no exercício do direito de propriedade da mesma maneira que os princípios constitucionais influem na ordem jurídica (já que a função social também é princípio constitucional).*³⁹¹

Neste sentido, defende que o universo jurídico está predestinado a sempre perseguir, no direito de propriedade, as seguintes manifestações da função social: (i) *interpretativa*, que prescreve ao jurista resolver os conflitos em favor da situação em que a propriedade melhor atenda à função social; (ii) *integrativa*, que incute ao jurista integrar a todo o sistema jurídico afetado à propriedade, o prisma diretivo da função social; (iii) *diretiva*, que vincula o legislador a produzir leis que observem a função social; (iv) *limitativa*, que prescreve ao

³⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Desapropriação de bem público. *RDJ* 29/52.

³⁸⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 59.

³⁹⁰ BIM, Eduardo Fortunato. “A Validade da Desapropriação Ascendente de Bens Públicos Dominiais sem Função Estratégica.” Artigo Inédito. No prelo.

³⁹¹ MORAES, José Diniz de. *A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 65.

proprietário ou possuidor a abstenção de qualquer ato que viole os interesses coletivos e sociais, e (v) *prescritiva*, que incute ao Estado dever de sempre respeitar (e fazer respeitar) a função social da propriedade.³⁹²

José Afonso da Silva lembra também que outra maneira de se aferir a função social de uma propriedade, é verificar se seu exercício manifesta-se de modo a “assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social (art. 170, II e III).”³⁹³

Um bem dominical do Estado que não tenha função estratégica, não cumpre nenhuma função social.³⁹⁴ Só são “públicos” aqueles bens que direta ou indiretamente podem – ainda que potencialmente – cumprir a função de atender a todos.

7.3 Bens Públicos e Inalienabilidade

Antes de prosseguir, é necessário fazer uma pequena crítica a certo “lugar comum” da doutrina brasileira. É usual ler que os bens públicos são inalienáveis e, portanto, impenhoráveis,³⁹⁵ “por força da constituição.”³⁹⁶ Especialmente por força do que está expresso no art. 100 da CF/88.³⁹⁷

Floriano de Azevedo Marques Neto argutamente observou tal equívoco.

“É bem verdade que parte da doutrina faz a afirmação porque restringe o conceito de bens públicos ao que denomina bens do domínio público (é dizer, bens de uso comum e especial). Não obstante, como vimos que bens públicos *são todos os titularizados por pessoa jurídica de direito público interno, não faz sentido a afirmação absoluta.*”³⁹⁸

E antes dele, em parecer publicado na Revista dos Tribunais na década de 20 do século passado, disse J. M. Azevedo Marques:

³⁹² MORAES, José Diniz de. *A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 65-66. Lúcia Valle Figueiredo colaciona alguns desses elementos em seu *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 285-286.

³⁹³ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 285.

³⁹⁴ MARQUES NETO, Florian de Azevedo. *Bens Públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 222.

³⁹⁵ SPALDING, Mauro. *Execução Contra a Fazenda Pública Federal*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 135.

³⁹⁶ “O meio de conciliar o interesse ligado à impenhorabilidade absoluta dos valores do Estado foi encontrado na Constituição ao dispor no art. 95 [equivalente ao atual art. 100] sobre os pagamentos devidos pela Fazenda Nacional quando condenada em juízo.” (STF, RE 7.864/PI, rel. p/ Ac. Min. Castro Nunes, j. em 31/01/1941 - grifamos).

³⁹⁷ Cf.: ALVAREZ, Anselmo Prieto. *Os Regimes de Pagamento de Precatórios na Execução contra a Fazenda Pública e a Emenda Constitucional n. 62/2009*. São Paulo: PUC/SP / tese de doutoramento, 2009, p. 13.

³⁹⁸ MARQUES NETO, Florian de Azevedo. *Bens Públicos: Função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 290 – grifou-se.

“... não há texto algum em nosso direito dizendo que os bens públicos são absolutamente inalienáveis.”³⁹⁹

Parece-nos que Araken de Assis faz uma correta análise da situação, *verbis*:

“A causa do procedimento especial repousa no regime especial dos bens do domínio nacional e do patrimônio administrativo. É disciplina usual em vários ordenamentos jurídicos. Em razão desse regime, a constrição *imediate* e *incondicionada* de bens públicos se revela inadmissível, *em princípio*, e inoperante.

(...)

Ao contrário, os bens públicos dominicais, integrantes do patrimônio público das pessoas de direito público (art. 99, III, do CC 02), bem como os das pessoas jurídicas de direito público ‘a que se tenha dado estrutura de direito privado’ (art. 99, parágrafo único, do CC 02) – por exemplo, as fundações instituídas pelo poder público, com personalidade de direito privado – , comportam alienação. No entanto, essa alienação observará as ‘exigências da lei’, consoante dispõe o art. 101.⁴⁰⁰

É bem verdade que o processualista Gaúcho arremata seu pensamento também pela impenhorabilidade dos bens dominicais, tendo em vista que entende ser necessário lei específica permitindo sua alienação.⁴⁰¹

Porém, uma distinção merece destaque. Os bens públicos são regidos *tão só e somente* pelo Código Civil, arts. 99 a 100. O CF/88, em art. 100, trata do processo e procedimento das cobranças em face da Fazenda Pública, *nada disciplinando em relação à alienabilidade ou inalienabilidade de bens ou patrimônio*.

Pelo contrário, *sem afetação pública os bens públicos admitem alienação*, como verifica Silvio Luís Ferreira da Rocha.⁴⁰² Floriano de Azevedo Marques Neto, e no mesmo sentido destas conclusões, chega mesmo a dizer que

“Embora não haja no direito positivo norma geral afirmando categoricamente serem todos os bens públicos inalienáveis de *per se* (ao contrário, o art. 100 do CCB prevê uma alienabilidade condicionada ao bem não estar qualificado a um uso específico), *o traço da inalienabilidade é forte na doutrina*.”⁴⁰³

E outra falácia é a de que os bens públicos são inalienáveis. Ora, se assim são, como explicar as privatizações?

³⁹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos: Função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 290 – grifou-se.

⁴⁰⁰ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 1030-1031.

⁴⁰¹ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 1031, forte em Pontes de Miranda.

⁴⁰² ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 57.

⁴⁰³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos: Função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 290-291 – grifou-se.

7.4 Bens Públicos e Impenhorabilidade

Fixada a premissa da alienabilidade ampla dos bens estatais dominicais, em especial daqueles que não cumpram função estratégica, podemos prosseguir com o ponto central do texto.

O direito à execução forçada é corolário do verdadeiro acesso à justiça.⁴⁰⁴ A idéia de que o órgão judicante deve não só declarar o direito, mas também ter em mãos instrumentos para coagir *quem quer que seja* a entregá-lo concretamente ao postulante (quando isso for *faticamente* possível), é pedra chave da moderna jurisdição. *Isso inclui a possibilidade de também o próprio Estado ser passível de ser coagido a cumprir as sentenças judiciais.*

No entanto, o manejo da execução contra a Fazenda Pública é sempre (corretamente) limitado pelo interesse público, especialmente a vedação de interrupção dos serviços públicos. Um dos mecanismos de garantia de que os serviços públicos não serão interrompidos por conta de dívidas é o da *impenhorabilidade dos bens públicos*. Por isso, afirmou Ricardo Perlingeiro:

“Ocorre que o Estado, como devedor, não pode ser tutelado como seu cidadão comum, porque a isonomia que se propaga como princípio do Estado de Direito deve ser limitada pelas regras essenciais ao funcionamento e à própria existência do Estado. No tema execução contra a Fazenda Pública a todo momento o direito de ação do particular é confrontado com os outros princípios de direito público, tais como o da inalienabilidade e impenhorabilidade dos bens públicos, o da continuidade do serviço público e do planejamento orçamentário das despesas públicas.”⁴⁰⁵

A impenhorabilidade deve ter limites bastante definidos, posto que se trata de instituto que restringe o direito do credor em ver efetivado o direito reconhecido na sentença ou descrito no título executivo. *Não se vislumbra nenhuma objeção em relação a impenhorabilidade dos bens públicos em sociedade em que os limites para os quais ela foi concebida são obedecidos.*

⁴⁰⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. “Principi Costituzionali e Processo di Esecuzione.” *Rivista di Diritto Processuale* 2-1994/459. No mesmo sentido: “... atrapalhar a efetividade do processo de execução é um dos principais obstáculos ao acesso à Justiça.” (BIM, Eduardo Fortunato. “Aspectos Gerais da Penhora *On-Line* no Processo Civil e no Executivo Fiscal.” In: CHIESA, Clélio. PEIXOTO, Marcelo Magalhães. *Processo Judicial Tributário*. São Paulo: MP Editora/APET, 2006, p. 326)

⁴⁰⁵ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução Contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 19.

Mas no Brasil, país em que as autoridades *efetiva e definitivamente* não são sérias (como séria também não é a execução contra a Fazenda Pública⁴⁰⁶), a regra gera distorções inaceitáveis e, por conta disso, entende-se que a impenhorabilidade dos bens públicos deve ser reavaliada à luz dos direitos fundamentais do credor.

Frise-se, no entanto, que esta ausência de seriedade das autoridades (incluídas aí as judiciárias, *que concordam passivamente e incentivam, com o beneplácito de suas decisões, o menoscabo das autoridades fazendárias*) decorre do fato de o País ser dirigido “*dos que se aborquelam dos cargos e se descartam dos encargos*. E assim fazem porque assim a Nação aceita que façam.”⁴⁰⁷ O processo de execução contra a Fazenda é assim, inefetivo, porque os brasileiros assim permitem que seja.

A “*regra de ouro*” da impenhorabilidade é limitar o direito do credor ao recebimento do seu crédito em situações em que a constrição traria ao réu maiores prejuízos ou que estes fossem mais drásticos ao devedor. Neste sentido, a regra de impenhorabilidade dos bens públicos certamente tem como fundamento a continuidade dos serviços públicos. Entre o prejuízo de um indivíduo e o prejuízo de toda a coletividade, optou o ordenamento jurídico (corretamente) em preservar os instrumentos de manutenção de bem-estar da sociedade em detrimento à imediata satisfação do direito de crédito de um particular.

Deste modo, *em modelo único no mundo*, as execuções de obrigações pecuniárias em face da Fazenda Pública se processa mediante expedição de precatórios, como preconiza o art. 100 da CF.

Dentro dos limites estabelecidos pela própria CF/88, art. 100, é de se *prestigiar a sistemática do cumprimento das decisões condenatória de pagar quantia, contra a Fazenda Pública*.

⁴⁰⁶ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. “A Realização Pecuniária Contra a Fazenda Pública, seu Panorama Atual e as Novidades da Emenda Constitucional 30/00.” In: SHIMURA, Sérgio. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coords.) *Processo de Execução e Assuntos Afins*. São Paulo: RT, vol. II, 2001, p. 406.

⁴⁰⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. “A Crise no Processo de Execução.” In: ASSIS, Araken de. (org.) *O Processo de Execução - Estudos em Homenagem ao Prof. Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: SAFE, 1995, p. 199.

Entretanto, este trabalho parte da premissa de *onde há abuso (o que se tornou regra no Brasil)*, é necessário pôr em debate a penhorabilidade dos bens públicos,⁴⁰⁸ à luz da derrotabilidade do ordenamento jurídico.

A derrotabilidade, como explicitada no item 7.1.1.3, é a fundamentação de que “... um sistema jurídico perfeito é algo irrealizável, haja vista que seria necessário, para sua criação, existir uma regra para cada comportam ente humano imaginável.”⁴⁰⁹ Ora, existe uma “situação padrão” para qual a regra foi pensada (adimplemento nos prazos e condições estabelecidos no art. 100 da CF/88). Se esta premissa do ordenamento jurídico é quebrada (*background condition* para aplicação da norma) estão presentes os requisitos para que se ultrapassem os limites ou condicionantes da própria regra.

É de se dizer: a proposta de penhora defendida neste trabalho só opera efeitos quando o ente de direito público não respeitou o regramento constitucional do art. 100 da CF/88 que, prima facie, atende critérios de razoabilidade no trato do orçamento público, do patrimônio público.

O regime de impenhorabilidade de bens, *interpretado de modo absoluto*, leva a distorções que *devem* ser corrigidas. Como já se viu os itens anteriores, os bens dominicais que não estejam reservados a uma função estratégica, podem ser alienados *sem desafetação*.

7.5 Dos procedimentos para penhora dos bens públicos

Para esta alienação, basta que se obedçam aos comandos prescritos na Lei 8.666/93, *verbis*:

Lei 8.666/93, art. 17. “A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

a) dação em pagamento;

(...)

⁴⁰⁸ CALMON FILHO, Petrônio. “Execução Contra a Fazenda Pública e Penhora de Bens Públicos. Proposta do Instituto Brasileiro de Direito Processual para a Reforma do Artigo 100 da Constituição Federal.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 152.

⁴⁰⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação Contra Legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 233.

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação (...).”

O processo judicial expropriatório segue a elogiável tradição de tratar a alienação dos bens penhorados *como se for a alienação de bem público fosse* (Lei 8.666/93, art. 19), com os princípios que a esta se aplica.⁴¹⁰

Para enquadramento perfeito à regra do art. 17 da Lei 8.666/93, tendo em vista que a hasta pública sempre é precedida de avaliação da coisa no processo de execução, resta discutir a ausência de autorização legal para alienação.

Neste caso, nos parece que, violadas todas as regras do precatório, a autorização decorre do art. 646 do CPC, *verbis*:

CPC, art. 646. “A execução por quantia certa tem por objeto *expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor* (art. 591).

No entanto, o Poder Judiciário brasileiro não se tem mostrado disposto a impor suas decisões⁴¹¹⁻⁴¹² (nem aos outros Poderes da República, e nem em face de *alguns* cidadãos – geralmente *mais cidadãos* que os demais) com a energia que se seria de esperar, como demonstra José Augusto Delgado, conclamando seus pares a reagir a este estado de coisas: “... não é possível, por exemplo, que um ofício requisitório do presidente de um tribunal ao prefeito seja engavetado, incluído ou não no orçamento e fique por isso mesmo. Tem de haver uma reação do Poder Judiciário a respeito – até diria que *seria uma reação de legítima defesa*, que temos o dever de efetuar, do cumprimento da norma constitucional: se nós juízes não defendemos a aplicação da norma constitucional, como o jurisdicionado exercerá confiança sobre nós?”⁴¹³

⁴¹⁰ Neste sentido: COSTA, Yvete Flávio da. *O Leilão no Processo Constitucional*. São Paulo: PUC/SP (Tese de Doutorado), 2002, p. 197. Em uma outra realidade, mas demonstrando que a alienação judicial de bens segue o regramento para alienação de bens públicos: SATTA, Salvatore. *La Rivendita Forzata*. Milano: Giuffrè, 1933, p. 57.

⁴¹¹ O diagnóstico é retirado de relatório feito por encomenda do Conselho de Justiça Federal, e consta no seguinte documento: ANJOS, Rita Helena dos. SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. “Execução Contra a Fazenda Pública – Razões Políticas do Descumprimento às Ordens Judiciais.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (coord.) *Série Pesquisas do CEJ*. Brasília: CEJ/CJF, 2002, vol. VIII, p. 32.

⁴¹² Como observa Carlos Ari Sundfeld, em prefácio de obra que trata de intervenção em municípios inadimplentes: “É crônica a crise de inadimplência estatal, que vem colocando em xeque a própria autoridade do Poder Judiciário. Depois de uma luta judicial que normalmente se arrasta por muitos anos, os precatórios são expedidos como última etapa da execução das condenações da Fazenda Pública. O que passa a seguir? A resposta, cada vez mais freqüente, é incrível: *Nada*.” (SUNDFELD, Carlos Ari. “Prefácio.” In: PELEGRINI, Márcia. *A Intervenção Estadual nos Municípios: Cumprimento de Ordem ou Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 11)

⁴¹³ DELGADO, José Augusto. “Precatório Judicial e Evolução Histórica. Advocacia Administrativa na Execução Contra a Fazenda Pública. Impenhorabilidade dos Bens Públicos. Continuidade do Serviço Público.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 129 – grifei.

O instrumento para tal empreitada foi ao Poder Judiciário entregue: trata-se da garantia constitucional expressa no inc. LXXVIII do art. 5º da CF, que garante a entrega da tutela jurisdicional em prazo razoável. Escoado este prazo razoável, é ampla a possibilidade de penhora de bens, como o STJ tem decidido reiteradamente, no caso de bloqueio de contas para garantia de execução de decisões sobre entrega de remédios. Basta utilizar-se *do mesmo mecanismo* para cumprimento das decisões que se encontram há anos nas filas de precatórios.

O Poder Judiciário, infenso ante ao jogo de poder, tem afastado a aplicação das sanções existentes aos governantes de entes inadimplentes, sob o fundamento de que os recursos são escassos. Não vêm (ou *não querem ver*) que grassam neste íterim obras desnecessárias e puramente eleitoreiras, com gasto *muito além* do previsto.

E neste jogo de “faz de conta” da jurisdição, um dos mecanismos principais é o regime de impenhorabilidade de bens dos órgãos públicos, agregado a simples inexistência de meios coercitivos em face da Fazenda Pública. Como bem se disse, “no Brasil é fixado o sentimento da irresponsabilidade pelo não-cumprimento das decisões judiciais, porque não temos, na nossa história, nenhuma responsabilidade aplicada em concreto pelo descumprimento de decisão judicial.”⁴¹⁴

O sistema de precatórios, do jeito que é interpretado pelos tribunais, como ampla total e irrestrita imunidade fazendária às sentenças condenatórias, sem dúvida “é uma disposição constitucional que nos envergonha.”⁴¹⁵

Mas é chegado o momento de uma revolução jurídica para evitar a posterior e mais grave. O mecanismo para se reinstalar a ordem decorre de proposta que sequer é inédita: foi exposta por Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva,⁴¹⁶ José Augusto Delgado,⁴¹⁷ João Otávio de Noronha,⁴¹⁸ Castro Meira⁴¹⁹ e Eliana Calmon.⁴²⁰

⁴¹⁴ “... não é possível, por exemplo, que um ofício requisitório do presidente de um tribunal ao prefeito seja engavetado, incluído ou não no orçamento e fique por isso mesmo. Tem de haver uma reação do Poder Judiciário a respeito – até diria que seria uma reação de legítima defesa, que temos o dever de efetuar, do cumprimento da norma constitucional: se nós juízes não defendemos a aplicação da norma constitucional, como o jurisdicionado exercerá confiança sobre nós?” (DELGADO, José Augusto. “Precatório Judicial e Evolução Histórica. Advocacia Administrativa na Execução Contra a Fazenda Pública. Impenhorabilidade dos Bens Públicos. Continuidade do Serviço Público.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 129)

⁴¹⁵ CALMON FILHO, Petrônio. “Execução Contra a Fazenda Pública e Penhora de Bens Públicos. Proposta do Instituto Brasileiro de Direito Processual para a Reforma do Artigo 100 da Constituição Federal.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 151.

⁴¹⁶ “... de *lege ferenda*, cabível no Direito Brasileiro a execução forçada contra a Fazenda Pública, responsabilizando seu patrimônio por meio de penhora ou outro meio de constrição judicial sobre os bens dominicais a serem defendidos em lei. É até mesmo de duvidosa constitucionalidade o preceito legal que torna

No entanto, no Brasil, a realidade demonstra que os juízes não têm⁴²¹ independência para fazer frente aos abusos cometidos pela Fazenda Pública.

É diante deste quadro desolador, trágico e desesperador que reflete a execução contra a Fazenda Pública que se escreve em prol da penhora de bens públicos.

Não raro, a mesma Administração Pública que permanece com altos estoques de precatórios judiciais inadimplidos adquire helicópteros, aviões, automóveis de altíssimo luxo – todos para transporte de agentes políticos (e não para prestação de algum serviço público relevante⁴²²), além de adornos suntuosos para palácios e residências de altos funcionários públicos. Estes bens – embora integrantes do acervo de bens públicos (e, portanto, do ponto de vista legal são *absolutamente* impenhoráveis), poderiam ser constritos quando se observasse que o Ente de direito público devidamente intimado para quitar o precatório vencido, não o faz em prazo razoável.

impenhoráveis os bens públicos de uso não essencial do Estado, *privilégio absolutamente inócuo que limita a atuação jurisdicional do Poder Judiciário.*” (SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução Contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 226 – grifei)

⁴¹⁷ DELGADO, José Augusto. “Precatório Judicial e Evolução Histórica. Advocacia Administrativa na Execução Contra a Fazenda Pública. Impenhorabilidade dos Bens Públicos. Continuidade do Serviço Público.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 135.

⁴¹⁸ “*Processo Civil e Administrativo – Recurso Especial – SUS – Custeio de Tratamento Médico – Moléstia Grave – Direito à Vida e à Saúde – Bloqueio de Valores em Contas Públicas – Possibilidade – Art. 461 do CPC*. I - A Constituição Federal excepcionou da exigência do precatório os créditos de natureza alimentícia, entre os quais incluem-se aqueles relacionados com a garantia da manutenção da vida, como os decorrentes do fornecimento de medicamentos pelo Estado. II - É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitido, inclusive, a *mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos.*” (STJ, 2ª T., v.u., REsp 656.838/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 17/05/2005 DJU de 20/06/2005, p. 219 – grifei)

⁴¹⁹ STJ, 2ª T., v.u., AR no AI 723.281/RS, rel. Min. Castro Meira, j. em 07/02/2006, DJU 20/02/2006, p. 306.

⁴²⁰ “*Administrativo e Processual Civil – Recurso Especial – Fornecimento de Medicamentos – Bloqueio de Contas do Estado – Possibilidade*. 1. Tem prevalecido nesta Corte o entendimento de que é possível, com amparo no art. 461, § 5º, do CPC, o bloqueio de verbas públicas...” (STJ, AgRg no REsp 878.441, relª. Minª. Eliana Calmon, j. em 10/04/2007, DJU 20/04/2007, p. 340). No mesmo sentido: “... A maioria dos componentes da Primeira Seção tem considerado possível a concessão de tutela específica para determinar o bloqueio de valores em contas públicas a fim de garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde.” (STJ, 2ª T., v.u., AgRg no REsp 870.889, relª. Minª. Eliana Calmon, j. em 06/03/2007, DJU 14/03/2007, p. 241)

⁴²¹ E nunca terão, se somente se dignarem a esboçar movimentos quando se lhes é ameaçado algum privilégio, posto que a única notícia histórica de greve de juízes que se tem ocorreu quando das discussões para a diminuição dos valores das suas aposentadorias, direito que, no entanto, foi relativizado para *todas* as outras categorias do funcionalismo.

⁴²² O exemplo é tirado da seguinte obra: DELGADO, José Augusto. “Precatório Judicial e Evolução Histórica. Advocacia Administrativa na Execução Contra a Fazenda Pública. Impenhorabilidade dos Bens Públicos. Continuidade do Serviço Público.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 135.

Nem se diga que a alienação judicial de bens dominicais feriria a independência entre os poderes. A Fazenda Pública tem o direito e a garantia da impenhorabilidade, mas *também comete ato ilícito quem abusa de direito legítimo*, e o abuso do Ente fazendário deve ser coibido pela autoridade judiciária. O sistema de *checks and balances* (controle recíproco dos poderes da república⁴²³) proveniente da própria Constituição, não pode ser visto como “só o direito formal e a possibilidade teórica de recorrer aos tribunais.”⁴²⁴

Outra alegação é a de que os bens públicos seriam impassíveis de oneração.⁴²⁵

Outra falácia, ou verdadeira “lenda jurídica”, absolutamente destituída de qualquer fundamento fático ou legal. Trata-se de bradante equívoco, pois existem inúmeras hipóteses em que o patrimônio do erário é colocado à disposição de credores, no caso de inadimplemento de obrigações.

O Código Civil prevê, no art. 1.473,⁴²⁶ a hipótese de hipoteca de bens públicos.⁴²⁷ Tanto as linhas férreas como as jazidas, minas e demais recursos naturais pertencem à União (CF, art. 176).

A Lei 11.079/04, que “institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública”, prevê amplamente a oneração do patrimônio público *para garantia do pagamento de quantia em dinheiro*, como se verifica, *verbis*:

Art. 5º “As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

(...)

VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia.”

⁴²³ PIÇARRA, Nuno. *A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 259-260 – grifei.

⁴²⁴ SOMMERMANN, Karl-Peter. “A Execução Forçada por Quantia Certa Contra a Fazenda Pública no Direito Alemão.” Trad. Luis Greco. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 107.

⁴²⁵ QUEVEDO, Paulo Alexandre Ney. “O Regime Especial de Execução por Quantia Certa Contra a Fazenda Pública.” *RDDP* 26/117.

⁴²⁶ CC de 2002, art. 1.473. “Podem ser objeto de hipoteca: (...) IV - as estradas de ferro; V - os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham.”

⁴²⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos: Função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 301.

Frise-se que tal lei regula a conduta do *Estado* em face do *particular*, não se tratando de relações entre Estados ou entre Entes da Federação. O art. 8º da mencionada Lei prevê, dentre as garantias possíveis, a entrega do fruto da arrecadação ao particular credor, o que revela que em nenhum momento pode-se falar da impossibilidade jurídica de constrição sobre bens estatais.

A Constituição Federal prevê em seu art. 52, VIII, a possibilidade de a União, mediante aprovação do Senado, captar recursos com a “concessão de garantias”. Até a arrecadação tributária pode ser dada em garantia de empréstimos, como prevê a Constituição Federal, *verbis*:

“Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos:

I – ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias.

Art. 167. (...)

§ 4.º É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 155 e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, a e b, e II, para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta.”

Assim, caso um estado da Federação ou município contraíam empréstimos com a diretamente com a União, ou tendo como “fiadora” a União, *o patrimônio público pode ser empenhado para o pagamento dessas dívidas*, em especial o montante da arrecadação que estes entes possuem no fundo de participação tributário. Colhe-se do *Manual de Financiamentos Externos* disponível no sítio eletrônico do Ministério do Planejamento, que indica ser “lícito” ao estado ou município que tenha interesse em financiamentos externos, conceder como garantia sua participação nos fundos tributários, *verbis*:

“... as cotas de repartição constitucional previstas nos artigos 158 e 159, complementadas pelas receitas tributárias estabelecidas no art. 156 da Constituição Federal, nos termos do § 4º, do artigo 167, bem como outras garantias em direito admitidas.”⁴²⁸

⁴²⁸ BRASIL. *Manual de Financiamentos Externos: organismos internacionais de financiamento*. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão / Secretaria de Assuntos Internacionais, 2013, p. 37.

Se resta alguma dúvida, é só verificar o que dispõe o art. 163 da CF que regulamento a possibilidade de concessão de garantias com o patrimônio público mediante aprovação de Lei Complementar (inc. III).

Logo, estipulada a *ampla possibilidade de oneração de bens públicos* e sua *alienabilidade*, caem por terra *qualquer proibição de penhora de bens públicos*, caso os precatórios não sejam adimplidos no prazo constitucional.

E, frise-se que a modalidade de alienação judicial de bens (hasta), encontra-se em harmonia com o que prevê a Lei 8.666/93 para a venda de bem público.

Estas são, em linhas gerais, alguma das propostas que este trabalho visa a perscrutar.

De maneira alvissareira, vozes se levantam contra este estado de coisas. No caso específico da possibilidade de efetivar-se bloqueio de bens para garantir o adimplemento do poder público à ordens de concessão de tratamentos de saúde e entrega de remédio, o STJ tem dado prova de comportar-se conforme exige a proteção dos direitos fundamentais:

“Administrativo e Processual Civil – Agravo Regimental – Agravo de Instrumento – Custeio de Tratamento Médico – Moléstia Grave – Bloqueio de Valores em Contas Públicas – Possibilidade – Art. 461 caput e § 5º do CPC.

1. Além de prever a possibilidade de concessão da tutela específica e da tutela pelo equivalente, o CPC armou o julgador com uma série de medidas coercitivas, chamadas na lei de ‘medidas necessárias’, que têm como escopo o de viabilizar o quanto possível o cumprimento daquelas tutelas.

2. As medidas previstas no § 5º do art. 461 do CPC foram antecedidas da expressão ‘tais como’, o que denota o caráter não-exauriente da enumeração. Assim, o legislador deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor se harmonizam às peculiaridades de cada caso concreto.

3. Precedente da 2ª Turma: ‘É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitido, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos.’ (REsp 656.838/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 20.06.2005).

4. Não há que se falar, dessa feita, em falta de previsão legal da medida coercitiva de bloqueio em conta do Estado.⁴²⁹

⁴²⁹ STJ, 2ª T., v.u., AR no AI 723.281/RS, rel. Min. Castro Meira, j. em 07/02/2006, DJU 20/02/2006, p. 306. No mesmo sentido: “... José Carlos Nogueira requer o seqüestro liminar de rendas públicas do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, por ser titular de cota-parte do precatório nº EP-00398/04, Ordem Cronológica nº 91/05, de natureza alimentar, não quitado pelo devedor. (...) com fundamento no constitucional princípio da dignidade humana, diante da excepcional moléstia que acomete o Requerente, defiro a liminar de

Eduardo Talamini adverte, corretamente, que este bloqueio não se confunde com penhora, sendo, antes, meio de prestação da tutela jurisdicional por equivalente, na dicção do art. 461.⁴³⁰ Deve-se observar, entretanto, que o *efeito* é o mesmo da penhora, além do *obstáculo vencido ser o mesmo* (emprego de recursos com ausência de prévia destinação na peça orçamentária).

Frise-se que o legislador já se encaminhou neste sentido, ao regular a execução de pequeno valor prevista no art. 100 da CF/88, que dispensa o precatório. O art. 17 da Lei 10.257/01 prevê que inatendido no prazo legal as requisições de pagamento, dar-se-á o “*seqüestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão*” (sequestro-expropriativo⁴³¹), a revelar que os bens públicos não são intangíveis ao processo executivo.

7.5.1 A penhora de bens públicos e a inexigibilidade de observância do critério cronológico de pagamento

A CF/88, em obediência à toda tradição dos precatórios no Direito brasileiro, prevê que os pagamentos que a Fazenda Pública fizer, mediante precatórios, deve obedecer a ordem cronológica destes títulos.

É de se indagar. Caso, realmente, *derrote-se* a regra do precatório, expropriando bens dos entes devedores (nos limites acima indicado), deveria o juízo da execução preocupar-se em respeitar a estrita ordem cronológica dos precatórios para pagamento da condenação?

Entende-se que não.

O regime de precatórios é um regime super-privilegiado de pagamento para a Fazenda Pública, que serve para conciliar a previsão orçamentária obrigatória da ordem de pagamento e a regra da continuidade dos serviços públicos, que se materializa impenhorabilidade de seus bens que tenham uso ou finalidade pública.

Frise-se que a maioria dos países civilizados também têm regras sobre prévia dotação orçamentária para pagamento das condenações judiciais em dinheiro, mas em nenhum deles

seqüestro...” (TJ-SP, despacho monocrático do Presidente do Tribunal, Pedido de Sequestro de Rendas Públicas 147.048.0/1-00, rel. Des. Celso Limongi, j. em 03/08/2007, *DOESP* 07/08/2007)

⁴³⁰ TALAMINI, Eduardo. “Concretização Jurisdicional de Direitos Fundamentais e Prestações Positivas do Estado.” In: TESHEINER, José Maria Rosa. MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. PORTO, Sérgio Gilberto. (Coords.) *Instrumentos de Coerção e Outros Temas de Direito Processual Civil: Estudos em Homenagem aos 25 Anos de Docência do Prof. Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 169-170.

⁴³¹ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 199.

há previsão de um prazo tão elástico (dezoito meses) – como bem observaram Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves e Ângelo Emílio de Carvalho Fonseca⁴³² – e, ainda, com moratória de juros neste período (Súmula Vinculante 17), como o regime vigente no Brasil.

Logo, em consonância com o raciocínio da Corte Constitucional Espanhola, o ente de direito público que não adimplir com a condenação judicial, nos prazos e formas super-privilegiados que a Constituição Federal garante, deveria perder estes privilégios. E, caindo no regime comum de execução civil, não é mais possível seguir o regime de pagamento cronológico, por três motivos:

Primeiro

O regime de execução pela penhora é regido pelo princípio *prius in tempore, potius in iure*, típico da tutela jurisdicional individual, atomizada. A execução, pelo regime de precatórios, é coletivizada, centralizada nas mãos do presidente do tribunal, uma espécie de procedimento molecular, englobante e concorrencial (pelo regime da *par conditio creditoris*).

Estes regimes são inconciliáveis. Não há como manter a ordem cronológica, que pressupõe atos centralizados, quando se tem execução por constrição patrimonial, atomizada por atos de seqüela em bens que podem localizar-se em todo território nacional.

Segundo

Não se pode impor ao credor diligente, que encontra bens e, eventualmente, custeia a sua avaliação, socialize todo este esforço, dirigindo os frutos de uma eventual e bem sucedida hasta para as contas vinculadas de precatórios do tribunal.

Na verdade, não há nenhum impedimento para que o presidente do tribunal crie uma central de penhora de bens, e estes recursos assim obtidos sim, vinculados ao pagamento na ordem cronológica.

Terceiro

O pagamento, pela fazenda pública, de quantia em dinheiro na ordem cronológica e mediante precatório, não são institutos que merecem ser vistos como um dogma.⁴³³ Diversas

⁴³² GONCALVES, Gláucio Ferreira Maciel. FONSECA, Ângelo Emílio de Carvalho. “Do Cumprimento das Sentenças Judiciais Contra a Fazenda Pública no Brasil: o instituto dos precatórios.” *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 5/2677.

⁴³³ “A norma consubstanciada no art. 100 da Carta Política traduz um dos mais expressivos postulados realizadores do princípio da igualdade, pois busca conferir, na concreção do seu alcance, efetividade à exigência constitucional de tratamento isonômico dos credores do Estado. A vinculação exclusiva das importâncias federais recebidas pelo Estado-membro, para o efeito específico referido na regra normativa questionada, parece

são as hipóteses legais e jurisprudenciais em que a fazenda pública se vê na contingência de desembolsar quantias sem respeitar ordem cronológica e/ou precatório. Nas desapropriações, nas ações previdenciárias, nas ações para entrega de remédios e tratamento de saúde, e nas inúmeras hipóteses previstas em lei em que a própria administração pública, em procedimento administrativo, reconhece o dever de pagar por danos, por exemplo, temos a situação de pagamento de quantias fora de qualquer controle cronológico, sem que com isso se fira qualquer dispositivo constitucional.

Frise-se que a própria EC 62 prevê, por exemplo, o pagamento de imóveis que a União oferecer à venda, com precatórios, o que permitirá a liquidação destes sem respeito a qualquer ordem. E também previa a liquidação por meio de leilão e acordo (regra declarada inconstitucional), o que revela que a obediência à ordem cronológica no pagamento dos precatórios e, nas condenações contra a fazenda pública, não é absoluta.

Os próprios constituintes viam a regra do precatório como relativa (embora o Poder Judiciário tenha dado outra interpretação à regra). Veja-se, como prova, os debates parlamentares da Assembleia Constituinte:

“O SR. CONSTITUINTE NELSON JOBIM: – Sr. Presidente, já que se está tratando do precatório, eu consultaria o Sr. Relator sobre esse caput do art. 100 no que diz respeito à exceção nos casos de crédito de natureza alimentícia. Vou ler o texto e pedir uma explicação ao Relator. Peço também a atenção da Comissão:

‘Os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim, à exceção dos casos de crédito de natureza alimentícia.’

Consulto ao Sr. Relator se essa exceção dos casos de crédito de natureza alimentícia é para dispensar do precatório os créditos alimentícios ou para que, nos casos de precatório, a proibição de designação dos casos ou pessoas não fosse aplicado. A intenção do texto é para que os créditos de natureza alimentícia, que são urgentes, não entrem na regra do precatório, porque o texto, como está posto, faz essa exceção aos casos só em relação à proibição da designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias. Se queremos realmente tirar da regra do precatório o problema dos créditos alimentares devidos pela Fazenda Pública, teríamos que deslocar esse texto para outro local, esta exceção para o início do texto: ‘à exceção dos casos de natureza alimentícia ou aos pagamentos devidos.’

O SR. RELATOR (Bernardo Cabral): – Estou de pleno acordo. A intenção do legislador era esta mesma.

acarretar o descumprimento de quanto dispõe do art. 100 da CF, pois, independentemente da ordem de precedência cronológica de apresentação dos precatórios, institui, com aparente desprezo ao princípio da igualdade, uma preferência absoluta em favor do pagamento de ‘determinadas’ condenações judiciais.” (STF, pleno, ADI 584-MC, rel. Min. Celso de Mello, j. em 26/03/1992)

O SR. CONSTITUINTE PLÍNIO ARRUDA SAMPAIO: – Como disciplina os casos de crédito de natureza alimentícia?

O SR. CONSTITUINTE NELSON JOBIM: – É por execução fiscal comum. Aí V. Ex.^a entra na regra dos executivos fiscais e tem condição de executar. Não entra na regra do precatório. Entra na execução e é satisfeito desde logo, por determinação do Juiz de Direito que requisita o pagamento, ao passo que aqui os créditos alimentares, de urgência, vão entrar na fila dos precatórios, o que é um absurdo.

O SR. RELATOR (Bernardo Cabral): – Sr. Presidente, apenas quero colocar logo para o Plenário que o artigo começaria então: ‘A exceção dos casos de crédito de natureza alimentícia, os pagamentos devidos...’ E esta a proposta?

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – Aprovada.^{»434}

Até mesmo o regime de RPV não obedece ordem cronológica, pois com a descentralização da gestão destes repasses é possível que em regiões com menor número de processos o trâmite e pagamento seja mais célere, e nas regiões de alto fluxo de condenações exista uma demora mais acentuada – mesmo quando o ente devedor seja o mesmo (a União, por exemplo). Assim, um RPV emitido contra a União em São Paulo, por exemplo, em que a morosidade dos processos é patente, pode demorar muito mais para ser adimplido, do que um emitido em Sergipe, por exemplo, na mesma data, mas cujo andamento dos processos é mais expedito.

7.6 A penhora de créditos: penhora, no rosto dos autos, nas execuções fiscais do ente devedor de precatórios

É comum, em ações de execução fiscal, o processo tramitar anos a fio com penhora de bens móveis e imóveis, sem hasta positiva, ou com a fazenda pública reiteradamente insistindo em penhora sobre dinheiro, tendo em vista que não deseja adjudicar os bens oferecidos em garantia, no processo.

Entende-se que estes bens penhorados em execução fiscal são um ótimo manancial de recursos em prol do pagamento de precatórios inadimplidos.

Explica-se.

Uma das objeções que se faz para defender a impossibilidade de penhora de bens públicos, é que mesmo que dominicais, *é necessário lei que autorize a alienação da coisa*, providência impossível de se buscar judicialmente.

⁴³⁴ BRASIL. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento ‘B’)*. Brasília: Congresso Nacional, 1988, p. 41-42.

Entretanto, como doutrina Raul de Mello Franco Jr., a Lei 8.666/93, com a redação que lhe deu a Lei 8.883/94, “apresenta hipótese de dispensa de autorização legislativa para alienação de imóvel cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento.”⁴³⁵

Ora! Já existe regra expressa em nosso ordenamento jurídico que determina a alienabilidade ampla de bens patrimoniais do Estado não afetados – o que pode servir *como luva* ao desiderato de cumprir coercitivamente as ordens de pagamento de quantia certa.

A penhora no rosto dos autos é regulamentada pelo CPC, nestes termos:

Art. 674, CPC: Quando o direito estiver sendo pleiteado em juízo, averbar-se-á no rosto dos autos a penhora, que recair nele e na ação que lhe corresponder, a fim de se efetivar nos bens, que forem adjudicados ou vierem a caber ao devedor.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery definem a penhora no rosto dos autos como a que “recai sobre direito objeto de disputa em juízo”⁴³⁶ em favor de terceiro, credor do demandante vencedor / exequente, ou até do executado, caso se vislumbre a possibilidade de sobra de recursos, depois do pagamento do credor originário com o produto da expropriação (equivalente à segunda penhora). Poderia se objetar que seria igualmente impossível a penhora no rosto dos autos, pois o crédito tributário é privilegiado, o que faria ceder o direito do que pretende se sub-rogar nos créditos do executivo fiscal. Trata-se de afirmação correta, mas há que se ponderar que se o precatório for alimentar e/ou super-privilegiado, o argumento cai por terra, pois é a Constituição Federal que concede a estes créditos situação privilegiadíssima, que em muito ultrapassa o privilégio tributário.

Tendo o crédito natureza alimentar e, em especial, cunho trabalhista – já afirmou o STF – prevalece sobre o tributário.

“EXECUÇÃO FISCAL CONTRA MASSA FALIDA. PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS DA FALÊNCIA. PERMISSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO PREJUDIQUE O CRÉDITO TRABALHISTA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO ESTADO CONHECIDO E PROVIDO.”⁴³⁷

⁴³⁵ FRANCO Jr., Raul de Mello. *Alienação de Bem Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 97.

⁴³⁶ NERY Jr., Nelson. NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1046.

⁴³⁷ STF, 2ª T., v.u., RE 88.583-8, rel. Min. Leitão de Abreu, j. em 22/05/79.

Se era assim antes da CF/88 e, especialmente, antes da EC 62/09 que criou o precatório supervilegiado – como entendia o STJ⁴³⁸ –, deve-se prestigiar com muito mais força o crédito alimentar depois das reformas recentes no regime dos precatórios.

⁴³⁸ “PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO DE CREDORES. ARREMATAÇÃO DO BEM PENHORADO PELO PRÓPRIO CREDOR TRABALHISTA. PREFERÊNCIA SOBRE OS DEMAIS CRÉDITOS. DISPENSA DE EXIBIR O PREÇO NOS TERMOS DO ART. 690, § 2.º, DO CPC. 1. A arrematação é ato de natureza processual, autoritário-judicial que busca a obtenção de recursos suficientes
-
ente poderá concorrer com os estranhos e arrematar os bens levados a hasta pública, sendo-lhe permitido, ainda, por ocasião da segunda praça ou no segundo leilão, oferecer preço inferior ao da avaliação, se licitação maior não houver. (REsp n.º 159.833, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 13/09/1999). 2. É assente, em sede doutrinária e jurisprudencial, que por força da natureza jurídica de seus créditos, o arrematante, credor trabalhista, à luz do que dispõe o art. 690, § 2.º, do CPC, está dispensado de exibir o preço, salvo se exceder ao crédito, porquanto é exequente de crédito trabalhista que, a fortiori, goza de preferência legal sobre os demais créditos, inclusive o tributário. (Precedentes: REsp n.º 172.195, Rel. Min. Nancy Andrigui, DJ de 11/09/2000; REsp n.º 445.341, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 11/11/2002; REsp n.º 193.233, Rel. Min. José Delgado, DJ de 26/04/1999; REsp n.º 21.341, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 24/08/1992). 3. Mercê de o crédito tributário preferir a qualquer outro, seja qual for a natureza do mesmo ou o momento de sua constituição, submete-se, em hipótese de concurso, à primazia dos créditos decorrentes da relação de trabalho (arts. 186 e 187, do CTN c.c. art. 7º, da Lei de Falências e art. 29, da Lei de Execução Fiscal). 4. A exegese do artigo 186 do Código Tributário Nacional preconiza a supremacia do crédito trabalhista (*necessarium vitae*) em relação ao tributário e a deste em relação aos demais. 5. A natureza privilegiada do crédito trabalhista tem fundamento nos arts. 449, § 1.º, da CLT, 186 do CTN, 30 da Lei n.º 6.830/80 e 759, parágrafo único, do Código Civil de 1916, agora com a redação mais abrangente e precisa do art. 1.422, parágrafo único, do Novo Código Civil, instituído pela Lei n.º 10.406, de 10/01/2002. 6. Recurso especial improvido.” (STJ, 1ª T., v.u., REsp 687.686-SC, rel. Min. Luiz Fux, j. em 1º/09/05)

8. OUTRAS “SAÍDAS” PARA O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

8.1 Compensação e ordem judicial de não recolhimento de tributos

Outra modalidade indireta de se ultrapassar a impenhorabilidade de bens estatais é o oferecimento de precatórios vencidos do próprio ente devedor como bens à segurar o juízo, em execuções fiscais ou para compensar diretamente tributos do ente devedor.

Trata-se de situação de *desespero* no qual os precatórios são negociados em situação escorchantes, exatamente em razão do inadimplemento crônico dos Estados. O precatório é “moeda pobre” e muitos devedores contumazes do Fisco valem-se deste sistema de execução iníquo para amortizar suas dívidas, o que permite dizer que o precatório é o eixo condutor de um ciclo vicioso de imoralidade em detrimento dos interesses do credor do precatório.

A doutrina tem recomendado⁴³⁹ e a jurisprudência vinha aceitando este tipo de operação de adimplemento indireto do precatório, *verbis*:

“Precatório – Bem Penhorável – Processual Civil – Execução Fiscal – Penhora – Direito de Crédito Decorrente de Precatório, Objeto de Escritura Pública, Expedido contra Pessoa Jurídica Distinta da Exeqüente - Possibilidade. 1 - O crédito representado por precatório é bem penhorável, mesmo que a entidade dele devedora não seja a própria exeqüente. Assim, a recusa, por parte do exeqüente, da nomeação feita pelo executado pode ser justificada por qualquer das causas previstas no CPC (art. 656), mas não pela impenhorabilidade do bem oferecido. 2 - O regime aplicável à penhora de precatório é o da penhora de crédito, ou seja: ‘o credor será satisfeito: (a) pela sub-rogação no direito penhorado; ou (b) pelo dinheiro resultante da alienação desse dinheiro a terceiro. (...) Essa sub-rogação não é outra coisa senão a adjudicação do crédito do executado, em razão da qual

⁴³⁹ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. “Nomeação à Penhora de Precatório.” *RDDP* 26/19.

ele se tornará credor do terceiro e poderá: (a) receber do terceiro o bem; (b) mover ao terceiro as demandas adequadas para exigir o cumprimento; ou (c) prosseguir como parte no processo instaurado pelo executado em face do terceiro' (Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV, 2ª ed., SP, Malheiros).⁴⁴⁰

Entretanto, depois da EC 62 ter substituído em parte a EC 30 e, mais, depois de o STF ter suspenso a aplicabilidade tanto de parte da EC 30 e também da EC 62 a posição jurisprudencial, lamentavelmente, mudou, sendo que firmou-se a tese de restrição à utilização de precatórios para compensação tributária, salvo se o ente devedor, por lei, autorize a operação, como se verifica neste precedente:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO. PRECATÓRIO. PRESSUPOSTO. AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. AUSÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

De acordo com reiterada leitura pretoriana do art. 170, *caput*, do Código Tributário Nacional, a compensação de crédito tributário só é possível quando expressamente prevista na lei local, inclusive para fins do art. 78, § 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. No âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a Lei Estadual nº 11.472/00, que autorizava a utilização de precatórios para a compensação de créditos inscritos em dívida ativa, foi revogada pela Lei Estadual nº 12.209, de 29.12.2004.⁴⁴¹

Percebe-se que mais um caso daqueles em que a jurisprudência se mancomunava com os escusos interesses dos entes devedores, atuando como preposta dos tiranos de plantão, solapando os direitos dos credores.

Curiosamente, no mesmo momento que a jurisprudência dominante veda a compensação, o mesmo tribunal que vem chancelando a negativa de utilização de precatórios vencidos, edita a Súmula 461 (STJ), que prevê a compensação tributária nestes termos:

STJ, Súmula 461. “O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado.”

Data venia, não se consegue vislumbrar a razão pela qual permite-se a compensação *endoprocessual* mas não o *arrolamento do precatório como bem penhorável* ou mesmo sua *compensação*.

Vê-se que os tribunais não querem efetivamente contribuir para o avanço de uma mentalidade cumpridora de deveres e obrigações, criando e dando azo a teses jurídicas

⁴⁴⁰ STJ, 1ª T., m.v., AgRg no REsp 826.260/RS, rel. p. Ac. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 20/6/2006, *BOLAASP* 2.508/1.310.

⁴⁴¹ TJ-RS, v.u., 22ª Câmara Cível, AC 70044836112, rel. Des. Mara Larsen Chechi, j. 29.02.2012.

esdrúxulas e mal intencionadas, quando se trata da execução contra a Fazenda Pública. Vejamos dois exemplos de lamentável jurisprudência, colhida dos anais do STJ.

A primeira diz respeito à necessidade de avaliação do precatório, o que equivale a bradante ignomínia, tendo em vista que o precatório *tem valor de face e deveria ser pago até o final do exercício fiscal*. Trata-se de presunção *que os entes públicos – STJ incluso – deveria acatar*. Mas o próprio tribunal chancela o cinismo dos devedores ao dar sustentáculo a uma tese jurídica deste porte, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE PRECATÓRIO. NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO OFERECIDO EM GARANTIA.

1. A orientação de ambas as Turmas integrantes da Primeira Seção desta Corte é firme no sentido de que, ‘optando a Fazenda Pública pela alienação em hasta pública de precatório penhorado em Execução Fiscal, a avaliação do bem é obrigatória, pois a sua aquisição, naturalmente, se dá por valor inferior ao nominal’ (REsp 1264247/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25.10.2011).

2. Agravo regimental não provido.”⁴⁴²

Seria cômico se não fosse trágico o argumento de que o Estado devedor poderia fazer “leilão” de seu estoque de precatórios! A dignidade da não se compadece de argumentações desta natureza que em nada recomendam os tribunais brasileiros.

Outro exemplo de posição jurisprudencial *lamentável* é aquele que permite ao credor/Estado *rejeitar a penhora de precatórios*, certamente alegando que *trata-se de moeda podre e que nunca será adimplida*. Nem as aparências mais se salvam no estágio atual do estado de não direito brasileiro, como se verifica no seguinte julgado.

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO FISCAL - CRÉDITO DE PRECATÓRIO OFERECIDO À PENHORA - POSSIBILIDADE DE A FAZENDA PÚBLICA RECUSAR A NOMEAÇÃO.

1. Esta Corte firmou o entendimento de que o precatório não se equipara a dinheiro ou fiança bancária, mas a direito de crédito, podendo a Fazenda Pública recusar a nomeação à penhora dessa espécie de bem.

2. Agravo regimental não provido.”⁴⁴³

Logo, sem efetividade alguma a norma prescrita no inc. II do § 10º do art. 97 do ADCT, com a redação que lhe deu a EC 62, cuja redação é a seguinte:

⁴⁴² STJ, 2ª T., v.u., AgRg no AREsp 296.775/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 25/06/2013, DJe 01/07/2013.

⁴⁴³ STJ, 2ª T., v.u., AgRg no AREsp 250.354/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j em 16/05/2013, DJe 24/05/2013.

“Constituir-se-á, alternativamente, por ordem do Presidente do Tribunal requerido, em favor dos credores de precatórios, contra Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, direito líquido e certo, *autoaplicável e independentemente de regulamentação*, à *compensação automática com débitos líquidos lançados por esta contra aqueles*, e, havendo saldo em favor do credor, o valor terá automaticamente *poder liberatório do pagamento de tributos de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, até onde se compensarem.*”

Trata-se de medida paliativa, mas que, certamente, contribuiria para a diminuição de um considerável volume de precatórios pela dinâmica empresarial e incentivo ao consumo, na medida em que bilhões de reais ingressariam na economia via consumo de bens com abatimento dos tributos devidos à Fazenda estadual, por exemplo. Bens como automóveis, caminhões, computadores, cujo preço tem grande parcela de tributos estaduais incidentes poderia ser comprados pelos credores de precatório com grande abatimento, dando fôlego à economia, e diminuindo a situação vexatória de alienação de precatórios à preços aviltantes.

8.2 Restrições cadastrais e restrição no exercício de direitos

Outro meio *indireto* de tentativa de “convencer” (*rectius*: coagir) o devedor a adimplir voluntariamente a obrigação é o de se prenotar restrições cadastrais nos órgãos de restrição ao crédito (SIAFI, CEDIN e CADIN, entre outros) e/ou com bases nestas anotações – e até mesmo pelo simples inadimplemento – interromper ou impedir o acesso do devedor fruir certos direitos e prerrogativas. Diferentemente das multas, *que são mais do mesmo*, a restrição cadastral e a restrição ao exercício de certas prerrogativas aparecem como meios de coerção mais adequados à tutela jurídica do crédito, como bem observou Michele Giorgianni.⁴⁴⁴

Pode parecer que não, mas os Entes estatais também se sujeitam aos cadastros de regularidades financeira. Também na seara pública o “cadastro de inadimplentes” (CADIN) é utilizado como meio de resguardo do direito de crédito.

Desde há muito as “certidões negativas” são exigidas para prática de uma série de atos privados (transferência de bens, p. ex.) e atos perante a administração pública. Recentemente, inclusive para exercer possivelmente direito de compensação, o levantamento

⁴⁴⁴ “Essa ha trovato, nella dottrina e nella giurisprudenza, interessanti applicazioni – che confermano la tendenza ad allargare la tutela ‘in forma specifica’ dei diritto di credito – nel contratto di somministrazione di energia elettrica o di acqua, allorchè l’impresa somministrante abbia attuato la sospensione della erogazione mediante il taglio dei fili e dei tubi conduttori.” (GIORGIANNI, Michele. “Tutele del Creditore e Tutela ‘Reale’.” *Revista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile* n. 3-1975/860)

de créditos decorrente de precatórios judiciais estavam também atrelados à exibição de certidões negativas – o que foi rechaçado pelo STF.⁴⁴⁵ A mecânica da exigência de “certidões negativas” é muito semelhante à dos cadastros. O devedor apontado como tal fica impossibilitado de praticar atos de seu interesse por conta de dívidas tributárias acumuladas.

O CADIN (cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal) é regulado pela Lei 10.522/02. Trata-se de banco de dados onde se encontram registrados os nomes de pessoas físicas e jurídicas em débito para com órgãos e entidades federais. O CADIN permite centralizar informações que serão utilizadas pela autoridade administrativa no momento de concessão de crédito, garantias, incentivos fiscais e financeiros, bem como à celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos. É a Secretaria do Tesouro Nacional que administra o cadastro, por meio do Banco Central do Brasil.

A Resolução 115/10 do CNJ, que dispõe sobre a gestão de precatórios no âmbito do Poder Judiciário, criou o Cadastro de Entidades Devedoras Inadimplentes – CEDIN, cuja finalidade é a mesma: prenotar os entes públicos inadimplentes para oportunizar a futura aplicação de sanções, na modalidade restrição de direitos, prevista na EC 62, como, por exemplo, assunção de novas dívidas, nos termos do inc. IV do § 10 do art. 97 do ADCT, *verbis*:

ADCT, art. 97 (...)

§ 10 No caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e os §§ 2º e 6º deste artigo:

(...)

IV - enquanto perdurar a omissão, a entidade devedora:

- a) não poderá contrair empréstimo externo ou interno;
- b) ficará impedida de receber transferências voluntárias;

V - a União reterá os repasses relativos ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e ao Fundo de Participação dos Municípios, e os depositará nas contas especiais referidas no § 1º, devendo sua utilização obedecer ao que prescreve o § 5º, ambos deste artigo.”

Como observa Comoglio,⁴⁴⁶ sem endurecimento de sanções, em um período de erosão moral, fica difícil crer que o problema dos precatórios se resolva.

⁴⁴⁵ STF, Pleno, v.u., ADI 3.453, rel^a. Min^a. Carmem Lúcia, j. em 30/11/2006, DJU 16/03/2007, p. 304.

⁴⁴⁶ “... per altro verso, sanzionare con pari efficacia il comportamento inottemperanza del debitore, che non intenda adempiere spontaneamente l’obbligazione a sua carico.” (COMOGLIO, Luigi Paolo. “Principi Costituzionali e Processo di Esecuzione.” *Rivista di Diritto Processuale* 2-1994/452)

8.3 *Contempt of Court*: A aplicação de multa sobre a pessoa do administrador

Nos países de tradição jurídica de *common law*, é idêa assente que “é inerente à própria existência do Poder Judiciário a utilização de meios capazes de tornar eficazes decisões emanadas.”⁴⁴⁷ Estes ‘meios’⁴⁴⁸ pelos quais os magistrados dos países destes sistemas jurídicos se valem para dar eficácia às decisões – utilizados no âmbito do processo civil⁴⁴⁹ e criminal⁴⁵⁰ – são invocados quando o descumprimento da decisão revela comportamento da parte de menosprezo à autoridade judiciária. Daí, a denominação *contempt of court*,⁴⁵¹ que significa ao mesmo tempo, a *lesão* à dignidade da Justiça e os meios que o magistrado tem para impedir ou reparar esta lesão (também chamados de *contempt power*⁴⁵²). Característica

⁴⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ética, Abuso do Processo e Resistência às Ordens Judiciárias: o *Contempt of Court*.” *RePro* 102/222.

⁴⁴⁸ “As sanções ensejadas pelo *contempt*, em qualquer de suas modalidades, são a prisão, a multa, a perda de direitos processuais e o seqüestro. No civil, a punição é por tempo indeterminado até que haja o cumprimento da ordem judicial. Se a decisão se tornar de impossível cumprimento, a sanção também deve cessar, motivando, entretanto, *contempt* criminal. A multa pode ser compensatória, ou não. Quando compensatória, reverte ao prejudicado; quando coercitiva, ao Estado, considerado o grande prejudicado pela recalcitrância. A prisão, aplicada com prudência, é considerada medida de grande praticidade para a efetividade do processo.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ética, Abuso do Processo e Resistência às Ordens Judiciárias: o *Contempt of Court*.” *RePro* 102/223)

⁴⁴⁹ “Civil contempt sometimes called contempt in procedure, consists of disobedience to the judgments or orders of the court or a breach of an undertaking given to the court. In essence, civil contempt is a *private wrong* to the person entitled to the benefit of the order or undertaking, although contempt proceedings are not an action in tort... Civil Contempt is also a *criminal offense* punishable by imprisonment and/or a fine under the inherent jurisdiction of the court. Alternatively, an injunction may be granted against the contemnor. Because proceedings for civil contempt are criminal in nature the standard of proof required to establish the contempt is the criminal standard, i.e., proof beyond reasonable doubt (*Dean v Dean* [1987] 1 Flr 517, CA).” (INGMAN, Terence. *The English Legal Process*. 9th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 173)

⁴⁵⁰ “Criminal contempt is a non-arrestable common-law offense punishable by imprisonment and/or a fine or an order to give security for good behavior. Alternatively, the court may grant an injunction to restrain a repetition of contempt... Criminal contempt extends to such matters as insulting behavior in the face of the court or conduct which interferes with the proper administration of justice, both criminal and civil. The offence of criminal contempt is triable summarily without a jury.” (INGMAN, Terence. *The English Legal Process*. 9th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 172)

⁴⁵¹ “Contempt of court consists of refusal to obey a direct court order. Two different types of contempt sanction are recognized, although they are closely related: civil contempt commits the offending party to imprisonment, or conditionally imposes imprisonment or a money penalty, until the offender agrees to obey the court’s order. The purpose is to coerce compliance. A judgment of a criminal contempt commits the offending party to imprisonment, or imposes a money penalty, for the offense of having refused to comply. The purpose of criminal contempt is both to punish the immediate offender and to deter others from being disobedient to the courts.” (HAZARD Jr., Geoffrey. TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an Introduction*. New York: Yale University Press, 1993, p. 202)

⁴⁵² GUERRA, Marcelo Lima. “*Contempt of Court*: Efetividade da Jurisdição Federal e Meios de Coerção no Código de Processo Civil e Prisão por Dívida – Tradição no Sistema Anglo-Saxão e Aplicabilidade no Direito Brasileiro.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 315.

marcante do *contempt of court* é que o juiz pode lançar mão dela em qualquer momento do processo, desde que entenda que houve comportamento tido por desonroso à corte.⁴⁵³

Araken de Assis, em trabalho que faz referências históricas esclarecedoras, define o *contempt of court* como “ofensa ao órgão judiciário ou à pessoa do juiz, que recebeu o poder de julgar do povo, comportando-se a parte conforme suas conveniências, sem respeitar a ordem emanada da autoridade judicial.”⁴⁵⁴ Como consequência do ato de *desacato*, os órgãos judiciários nos países “anglo-saxões” têm o poder de “coagir à cooperação, ainda que de modo indireto, através da aplicação de sanções às pessoas sujeitas à jurisdição.”⁴⁵⁵

E, para a tradição deste sistema legal, o não cumprimento das ordens emanadas – (para alguns, até para decisões cujo objeto seja o *pagamento de quantia*,⁴⁵⁶ e para outros não⁴⁵⁷), geram as consequências punitivas do *contempt of court*. No entanto o *contempt of court* – ao menos na modalidade “prisão civil” – foi abolido no sistema anglo-americano (com a observação de vige, nos EUA, uma liberdade ampla de os estados membros legislarem sobre direito material e processual), exceto para os débitos decorrentes de prestação alimentar.⁴⁵⁸

⁴⁵³ PROTO PISANI, Andrea. “Appunti sulla Tutela di Condanna.” In: *Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman*. Milano: Giuffrè, vol. III, 1979, p. 1.737.

⁴⁵⁴ ASSIS, Araken de. “O *Contempt of Court* no Direito Brasileiro.” *RJ* 318/9.

⁴⁵⁵ ASSIS, Araken de. “O *Contempt of Court* no Direito Brasileiro.” *RJ* 318/8.

⁴⁵⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo, RT, 1999, p. 124.

⁴⁵⁷ “Condenações pecuniárias a perdas e danos não são exequíveis através do *contempt of court*, por causa da tradicional proibição de prisão por dívida. Mas se o devedor obstruir os esforços para localizar e penhorar os seus bens, pode sofrer uma *injunction* para abster-se de continuar a obstrução, exequível através do *contempt of court*.” (GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. I, 1999, p. 99 – grifei)

⁴⁵⁸ Araken de Assis aduz que nas obrigações de pagamento em dinheiro, o campo da prisão civil é limitado, concordando, no entanto, que a gama de obrigações pecuniárias que permitem a utilização do *contempt of court* é, ainda assim, amplo (ASSIS, Araken de. “O *Contempt of Court* no Direito Brasileiro.” *RJ* 318/11). Em sentido contrário e mais correto: “(...) as medidas coercitivas no Direito anglo-americano podem ser utilizadas em qualquer tipo de obrigação que não seja a de pagar quantia. Não por alguma tradição, mas por um movimento, ao que parece mundial, do século passado... a prisão, no cumprimento de obrigação de pagar quantia, foi banida do sistema anglo-americano... exceção feita aos créditos alimentícios.” (GUERRA, Marcelo Lima. “*Contempt of Court*: Efetividade da Jurisdição Federal e Meios de Coerção no Código de Processo Civil e Prisão por Dívida – Tradição no Sistema Anglo-Saxão e Aplicabilidade no Direito Brasileiro.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 319-320 – grifei). Neste sentido: “That the contempt power cannot be used to enforce a debt reflects a *long-established policy against imprisonment for inability to pay a judgment debt*.” (HAZARD Jr., Geoffrey. TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an Introduction*. New York: Yale University Press, 1993, p. 203); L. L. J. “Constitutional Law: Imprisonment for a Civil Debt.” *California Law Review*, 2(2)/142; GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. I, 1999, p. 99. Entretanto, há de se reconhecer que o Estados americanos têm competência bastante ampliada para legislar e ainda há unidades da federação que mantêm regras sobre a prisão civil, como a Pennsylvania que em 1991, aprovou emenda ao *Statute 71* (P.L. 335/91), permitindo a prisão civil por qualquer espécie de débito civil (*non-priority debts*).

Na Inglaterra o *Debtors Act*, de 1869, aboliu a prisão para o devedor que comprovasse a impossibilidade de pagar. O *Debtor Act* ainda permitia a prisão caso o devedor não comprovasse a penúria (ou o credor provasse o contrário).

Esclarece Araken de Assis que, no entanto, a *prisão* não é o único modo punitivo previsto para estancar o *contempt of court*. As multas e outras espécies de sanções são aplicáveis. No caso da multa, interessante que o juiz pode aplicá-la *definitivamente* (de caráter punitivo) ou *condicionalmente* (de caráter meramente repreensivo).⁴⁵⁹

Distinguem-se também o *contempt of court* em criminal e civil. Ada Pellegrini Grinover distingue as duas espécies. O civil é aplicado por descumprimento de ordem judicial, e pode ser direto e indireto. Direto, é denominado aquele que autoriza o juiz a proceder a prisão imediatamente (podendo haver concessão de prazo para justificativas). O indireto, exige procedimento incidental ao processo principal, e verificação de certos requisitos antes da aplicação de qualquer sanção pela Corte.

Também as pessoas jurídicas estão à mercê dos *contempt powers* dos juízes anglo-saxões. Marcelo Lima Guerra narra a possibilidade de “prisão civil” da empresa (sequestro coercitivo). Trata-se de medida muito usada, “especialmente contra sindicato que se recusa a cumprir uma ordem judicial de cessar uma greve considerada ilegal”, medida em que “todo o patrimônio é constricto com única finalidade de complicar ao máximo a sua vida.”⁴⁶⁰ Como não se busca constrictar o patrimônio e transferi-lo por conta de dívida, trata-se de medida que mais se aproxima a um tipo de sanção “pessoal” do que realmente uma punição pecuniária. Por isso no nome: prisão civil da empresa.

No sistema americano, há basicamente dois tipos de processos. Os chamados de “equity suit” (nos quais, procedente o pedido, o juiz concede uma “injunction”⁴⁶¹) e os “jury trial”⁴⁶² (tipo decorrente de ações de danos – *judgment for damages* –, onde o que se busca é o

No EUA desde 1833 não há prisão civil para os denominados *non-priority debts*, exceto em alguns Estados, que mencionou-se acima.

⁴⁵⁹ ASSIS, Araken de. “O *Contempt of Court* no Direito Brasileiro.” *RJ* 318/10-11.

⁴⁶⁰ GUERRA, Marcelo Lima. “*Contempt of Court*: Efetividade da Jurisdição Federal e Meios de Coerção no Código de Processo Civil e Prisão por Dívida – Tradição no Sistema Anglo-Saxão e Aplicabilidade no Direito Brasileiro.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003, p. 318.

⁴⁶¹ Concedida a *injunction* e permanecendo o réu recalcitrante, configurado está o *contempt of court*: “In cases which the judgment is an injunction, the judgment winner can move to hold the loser in contempt of court for failure to comply with the injunction. If so held, the contemnor may be fined or jailed, or both, depending on the court’s discretion.” (KANE, Mary Kay. *Civil Procedure in a Nutshell*. 4th ed. Saint Paul: West Publishing, 1996, p. 208)

⁴⁶² “An injunction is a court order directing the defendant to perform a certain act or series of acts, or to refrain from doing so, as distinct from a judgment for damages; the typical jury trial results in a judgment for damages. The typical equity suit, tried without a jury, seeks an injunction.” (HAZARD Jr., Geoffrey. TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an Introduction*. New York: Yale University Press, 1993, p. 156)

pagamento de quantia em dinheiro). Este último tipo necessita de execução (*enforcement*),⁴⁶³ pois, “a judgment for money damages is not enforceable by contempt of court.”⁴⁶⁴

Como ensinam Geoffrey Hazard Jr. e Michele Taruffo,

“a judgment for damages is enforced through procedures of seizing the judgment debtor’s property and having it sold to provide funds to pay the judgment. The seizure is accomplished through a government official, usually the sheriff for state court judgments and the United States Marshal for federal judgments. The official acts on the basis of a court order obtained by judgment creditor, who must identify the property to be seized. Movable property may be taken physically into custody by the enforcing officer. Intangible property – such as a bank account or shares of stock – may be ‘seized’ through a court order, traditionally called a writ of garnishment, directing that the judgment creditor be recognized as having priority. Real property is seized by recording the judgment in the public land records.”⁴⁶⁵

O procedimento é semelhante ao processo de execução comum, com penhora (*seizing debtor’s property*) e alienação (*sale*), que, no entanto é ato praticado por autoridades administrativas (o equivalente a nossa “polícia civil” ou “polícia federal”). E, como aqui, a penhora de bens é limitada por razões humanitárias, sociais etc (*exemption rules*).⁴⁶⁶

Não obstante, mesmo na fase de *enforcement* das *judgment for damages*, o executado está sujeito a medidas coercitivas. A utilização direta dos meios coercitivos na fase de execução foi deixada de lado,⁴⁶⁷ por tratar-se de reminiscência da quase abolida prisão civil por dívidas (ainda existente em alguns estados da federação). Mas é amplamente possível a utilização indireta do *contempt of court* mesmo na execução pecuniária, como ensinam Richard Field, Benjamin Kaplan e Kevin Clermont.⁴⁶⁸

⁴⁶³ “Many judgments are self-enforcing. Judgments declaring the law or quieting title are good example. Other judgments may require the losing party to pay money or to complete some act. In many of these cases a judgment winner need not use any enforcement method because the loser simply will pay the judgment or otherwise comply with the decree. If that does not occur, the method of enforcing the judgment varies depending on whether the judgment is local, that of a sister state, or international in character.” (KANE, Mary Kay. *Civil Procedure in a Nutshell*. 4th ed. Saint Paul: West Publishing, 1996, p. 207)

⁴⁶⁴ HAZARD Jr., Geoffrey. TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an Introduction*. New York: Yale University Press, 1993, p. 202-203.

⁴⁶⁵ *Idem*, p. 195.

⁴⁶⁶ “Most states liberally immunize debtor property such as debtor’s home and a vehicle required for employment.” (HAZARD Jr., Geoffrey. TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an Introduction*. New York: Yale University Press, 1993, p. 196)

⁴⁶⁷ *Idem*, p. 203.

⁴⁶⁸ “Takes, as an example a judgment for money damages, and assume that the defendant does not voluntarily pay it. The first step for the plaintiff is to identify and locate the defendant’s assets. This sometimes requires extensive investigation (...). Typically, the plaintiff will obtain from the federal court a writ of execution addressed to the district’s federal marshal. Pursuant to this writ, the marshal (or deputy marshal) will levy on, or seize, so much defendant’s non exempt property within the state (state laws provide many varied exemptions) as is necessary to pay the judgment. See Rule 4.1. If the defendant still does not pay, the marshal will sell that property, use the proceeds to cover the marshal’s own fees and expenses and to satisfy the plaintiff’s judgment, and then give any

Assim, entendido que o não pagamento do precatório infringe o disposto no § único do art. 14 do CPC, configurada a ofensa a dignidade da justiça, o cabimento da aplicação entre nós do *contempt of court* deve ser incentivado, como enfatiza Marcelo Lima Guerra,⁴⁶⁹ *verbis*:

“Quanto às medidas coercitivas, inclusive a multa diária, que no caso do Poder Público, como já se demonstrou, deve ser imposta contra o *agente responsável*, elas são admissíveis pelas mesmas razões e nas mesmas circunstâncias já referidas, no presente trabalho, quando se examinou possibilidade de tais medidas serem utilizadas na tutela executiva das obrigações de pagar quantia, qualquer que fosse o devedor. Em síntese, nenhuma diferença relevante decorre, quanto à admissibilidade das medidas coercitivas da circunstância de o devedor ser pessoa jurídica de direito público. Ressalte-se que até mesmo o aspecto mencionado, no sentido de que a multa diária deve ser imposta contra o agente responsável pelo cumprimento da obrigação, não é específico dos casos em que o devedor é pessoa jurídica de *direito público*, mas sim de qualquer caso em que o devedor é *pessoa jurídica*.”⁴⁷⁰

No mesmo sentido, Eduardo Talamini⁴⁷¹ e Cassio Scarpinella Bueno, *verbis*:

“Esta solução, ademais, de compelir a Fazenda a um determinado comportamento (aqui o pagamento independentemente de precatório) afina-se às premissas enunciadas no número 1, *supra*, de tutela jurisdicional *efetiva*, ao mesmo tempo em que *não* maltrata as diretrizes típicas do *direito material* de um Estado de Direito,

remainder to the defendant. If execution is less than fully successful, there are other remedies available to the plaintiff by permission of the federal judge, namely state-law devices called supplementary proceedings. For example, state statutes commonly provide a means for compelling the judgment debtor to appear for sworn examination before the court as to his assets and his ability to pay the judgment. If the court finds that he has property not exempt from execution, he may be ordered to turn over the property so that it may be taken on execution. Now the defendant is the subject of a court order, and failure to obey an order of the court in supplementary proceedings is punishable as contempt.” (FIELD, Richard H. KAPLAN, Benjamin. CLERMONT, Kevin M. *Materials for a Basic Course in Civil Procedure*. 7th ed. New York: The Foundation Press, 1997, p. 177). No mesmo sentido: “However, if the judgment debtor obstructs efforts to locate and sequester his property, the court may issue an injunction against continuing the obstruction. Such an injunction addresses the defendant’s interference with enforcement of the judgment, not simply is or her failure to pay the judgment, and is enforceable the contempt power, like any other injunction.” (HAZARD Jr., Geoffrey. TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an Introduction*. New York: Yale University Press, 1993, p. 203)

⁴⁶⁹ “... o emprego de medidas coercitivas para assegurar a prestação de tutela executiva em forma específica, inspira-se, justifica-se e está a concretizar o valor constitucionalmente protegido da efetividade da tutela jurisdicional. Desse modo, a utilização de tais medidas não pode ser obstada nem por expressa disposição infraconstitucional, muito menos pelo silêncio dessa legislação. Apenas quando se chocar com outros valores igualmente protegidos pela Constituição, tais como a dignidade da pessoa humana, especificamente a do devedor, no processo de execução, o uso de medidas coercitivas encontraria um verdadeiro limite.” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 185)

⁴⁷⁰ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 199-200.

⁴⁷¹ TALAMINI, Eduardo. “Concretização Jurisdicional de Direitos Fundamentais e Prestações Positivas do Estado.” In: TESHEINER, José Maria Rosa. MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. PORTO, Sérgio Gilberto. (Coords.) *Instrumentos de Coerção e Outros Temas de Direito Processual Civil: Estudos em Homenagem aos 25 Anos de Docência do Prof. Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 169-170.

*realizando os valores hoje impostos e desejados pela Constituição Federal, entre eles a dispensa do precatório.*⁴⁷²

Na verdade, o que se defende é a utilização do microsistema das tutelas específicas para servir de apoio ao precatório, com os mecanismos processuais do § único do art. 14 e do art. 461 (execução da obrigação de fazer), para obter a tutela jurisdicional pretendida.

Parece, inclusive, que a proposta encontra guarida naquilo que se chamou de “princípio da colaboração”, que se implantou definitivamente no Brasil, após as Leis 11.232/05 e 11.382/06, que explicita ao devedor, por meio de mecanismos coercitivos, o *dever* de pagar o valor constante no título, especialmente o executivo.

Sobre a execução indireta, é clássica a lição de Chiovenda:

“Dizem-se meios de coação os com que os órgãos jurisdicionais tendem a fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito *com a participação do obrigado* e, pois, se destinam a influir sobre a vontade do obrigado pra que se determine a prestar o que deve. Tais são as multas; o arresto pessoal [prisão civil], os seqüestros com função coercitiva.”⁴⁷³

Os meios de execução, entretanto, *não são divididos de maneira estrita*. O processo de execução desenvolve-se em um amálgama de medidas de caráter coercitivo e substitutivo, como se verifica pela simples leitura do art. 461 do CPC, dispositivo que encerra a possibilidade de aplicação de medidas de execução indireta ou sub-rogatórias (resultado prático equivalente ou conversão em perdas e danos, nos termos do § 1º).

Contudo, no processo de execução por quantia certa, construí-se um paradigma doutrinário e jurisprudencial de que esta modalidade executiva só se desenvolvia por meios sub-rogatórios, não se admitindo nenhum tipo de medida coercitiva para consecução dos objetivos do processo, embora a superposição de medidas exista amplamente na modalidade de execução de alimentos.

Entretanto, esta “exclusividade” de medidas sub-rogatórias no processo de execução por quantia certa se mostra incompatível com postulados de efetividade do processo, sendo certo que por trás deste pensamento existe influência ideológica liberal, que também defendia a incompatibilidade de meios coercitivos nas específicas. O modelo de processo de execução plasmado pelo princípio do *nemo potest cogi ad factum* serve de substrato a sua inefetividade.

⁴⁷² BUENO, Cassio Scarpinella. “Execução por Quantia Certa Contra a Fazenda Pública – Uma Proposta de Sistematização.” In: SHIMURA, Sérgio. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coords.) *Processo de Execução e Assuntos Afins*. São Paulo: RT, vol. II, 2001, p. 149-150 – grifos no original)

⁴⁷³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, vol. I, 1998, p. 349.

Este estado de coisas, pernicioso ao processo e às garantias fundamentais de acesso à justiça clamava por alteração, e as experiências de outras Nações serviram de modelo para as alterações, especialmente aqui, a adoção, entre nós, do *contempt of court*, do § único do art. 14 do CPC. Quebrando o antigo paradigma, o legislador brasileiro passou a admitir o uso de medidas coercitivas na execução por quantia certa contra devedor solvente, *delineando um novo processo de execução por expropriação*, fato ainda não totalmente assimilado por parcela da doutrina e da jurisprudência.

No caso de utilização desta técnica, a sanção pecuniária, entretanto, dirigir-se-ia *a autoridade responsável pelo pagamento*, já que configuraria bradante injustiça apenas o Erário por conduta de indivíduo claramente identificável. E a proposta encontra guarida no art. 14, inc. V, par. ún., do CPC – que permite a punição ao que “criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.”

Frise-se que, como já mencionado no capítulo anterior, tanto na Inglaterra, nos EUA e na Alemanha idêntica regra existe, sobre a possibilidade de punição do agente público responsável pelo pagamento.

8.3.1 Não quitação de precatórios e Direito Sancionador

A Lei Federal 1.079/1950 (Lei dos Crimes de Responsabilidade) prevê, em seu art. 4º, que *são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra [...] a lei orçamentária (inc. V), emprego dos dinheiros públicos (inc. VII) e o cumprimento das decisões judiciais (inc. VIII).*

Ao mesmo tempo, esta mesma lei tipifica, em seu art. 10, os crimes de responsabilidade contra o orçamento, deste modo:

“Art. 10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária:

- 1- Não apresentar ao Congresso Nacional a proposta do orçamento da República dentro dos primeiros dois meses de cada sessão legislativa;
- 2 - Exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento;
- 3 - Realizar o estorno de verbas;
- 4 - Infringir , patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária.”

Os crimes previstos no art. 10 da norma podem ser praticados por governadores e secretários de estado, por força do que estatui o art. 74 da mesma norma. O Decreto-lei

201/67 (que define os crimes de responsabilidade dos prefeitos e vereadores), repete a mesma regra nos artigos 1º e 4º, *verbis*:

Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

[...]

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

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

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

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

[...]

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

[...]

VI - Descumprir o orçamento aprovado para o exercício financeiro.”

Não é necessário gastar muitas linhas para concluir que o não pagamento dos precatórios infringe todas estas normas acima descritas, cabendo a aplicação das sanções descritas nas referidas normas – que são a perda do mandato (art. 4º *caput*) e, no caso do art. 1º, detenção de três meses a três anos (§ 1º, *in fine*).

Entretanto, é forte na jurisprudência⁴⁷⁴ a exigência de dolo específico para capitulação destes crimes de responsabilidade. E também na doutrina, *verbis*:

“O ponto de partida para a tipificação desses delitos de responsabilidade, no tocante ao descumprimento de ordem judicial, é saber se a autoridade política é realmente responsável pelo cumprimento da ordem e se, para a mesma, havia possibilidade material de cumprimento, pois, do contrário, não haverá dolo.”⁴⁷⁵

⁴⁷⁴ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. “Conflito Aparente de Normas no Descumprimento de Ordem Judicial pela Administração Pública.” *Revista de Informação Legislativa* 140/253.

⁴⁷⁵ INQUÉRITO. PREFEITO. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ART. 1º, XIV, DO DECRETO-LEI Nº. 201/67. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DO PRECATORIO. INEXISTÊNCIA DE DOLO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE CRIME. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. [...]. Neste caso, não há que se falar em descumprimento de ordem judicial, por inexistência de dolo, se afigurando, portanto, como atípica, a conduta do Prefeito. 4. Requerimento do Ministério Público Federal acolhido. Autos arquivados.” (TRF-5, Pleno, Inq 1993/PB, rel. Des. Federal Francisco Barros Dias, j. em 29/07/2009)

Se não se configura, então, crime de responsabilidade, poderia-se defender que a não inclusão dos precatórios no orçamento, ou o não pagamento, quando devidamente incluso na peça orçamentária, configuraria improbidade administrativa (Lei 8.429/92).

Diz a referida Lei:

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

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

O STJ tem posição firmada que é necessário dolo específico para se configurar a improbidade administrativa por não pagamento de precatório:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 E 545 DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INADIMPLEMENTO NO PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 1. O inadimplemento do pagamento de precatórios, por si só, não enseja ação de improbidade administrativa, salvo se houver desvirtuamento doloso do comando constitucional nesse sentido. 2. A reserva do possível, cláusula que vem amparada pelo Egrégio STF para evitar a intervenção federal pelo descumprimento do pagamento dos precatórios, exclui a antijuridicidade da execução da obrigação e, a fortiori, a cognominada improbidade administrativa. 3. Agravo regimental provido para, conhecendo do agravo de instrumento, dar provimento ao próprio recurso especial, e julgar improcedente a ação de improbidade, divergindo do E. Relator.”⁴⁷⁶

Entretanto, encontram-se vozes dissonantes, que defendem que o inadimplemento dos precatórios configura, sim, improbidade administrativa, como neste precedente da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Precatórios. Inadimplemento dos valores devidos até o exercício de 2004, mesmo com a verificação de superávit no caixa da Administração Municipal. Farta comprovação trazida aos autos, concernente aos pareceres técnico-contábeis exarados pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Configuração de ato de improbidade administrativa. Ofensa ostensiva aos princípios administrativo-constitucionais. Violação do disposto no artigo 78, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e artigo 100, da Constituição Federal. Elemento subjetivo que se depreende das escolhas realizadas pelo Prefeito. Eleição de outras prioridades em detrimento dos credores dos precatórios. Liberdade de atuação, baseada na discricionariedade administrativa que implica a responsabilidade pelas escolhas realizadas. Manutenção da r. sentença. Apelação não provida.”⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ STJ, 1ª T., m.v., AgRg no Ag 1.122.211/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 17/09/2009.

⁴⁷⁷ TJ/SP, 5ª Câmara de Direito Público, v.u., AC 0001507-34.2009.8.26.0534, rel. Des. Fermino Magnani Filho, j. em 18/07/2012.

Louvável o julgamento do Tribunal de São Paulo, em especial porque resolveu tirar o “véu” do dolo específico para configuração da improbidade, em argumentação assim lançada no voto do Des. Firmino Magnani Filho:

“Inegável o excesso de boa vontade do campo judiciário que, a pretexto de salvar outras prioridades político-administrativas do Poder Executivo seja qual for o plano federativo, Municipal, Estadual ou Federal, presumivelmente voltadas ao bem comum, em nada interfere para fazer cumprir suas próprias decisões, deliberadamente afrontadas nesta matéria de execução de precatórios. Fica a peça orçamentária ao sabor das conveniências partidárias, não raro estranhas à moralidade pública. Na hipótese dos autos, o elemento subjetivo pode ser tomado da falta de planejamento administrativo, e das escolhas tomadas pelo gestor público, que deliberadamente realiza escolhas equivocadas, sob o manto da discricionariedade administrativa. E toda liberdade implica responsabilidades: a eleição prioridades não essenciais, em detrimento daqueles que aguardavam o pagamento dos precatórios denota opção de atuação, muita vez censurável. [...] Arrecada-se muito, gasta-se mal. Dessa equação advém um só resultado: prejuízos financeiros, políticos e morais.”⁴⁷⁸

Data venia o STJ, razão tem o TJ/SP: o dolo, para configuração da improbidade, não precisa ser específico: *decorre da situação*.

Por fim, percebe-se que também os Tribunais de Conta vêm fechando o cerco contra administradores inadimplentes. A Lei de Responsabilidade Fiscal (10.028/2000) classifica como infração administrativa o ato do governante que não dá execução rubrica obrigatória do orçamento, *verbis*:

“Art. 5º Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas:

(...)

III – deixar de expedir ato *determinando ... movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei.*

§ 1º A infração prevista neste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de *sua responsabilidade pessoal.*

§ 2º A infração a que se refere este artigo será processada e julgada pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida.” (grifos nossos)

⁴⁷⁸ TJ/SP, 5ª Câmara de Direito Público, v.u., AC 0001507-34.2009.8.26.0534, rel. Des. Firmino Magnani Filho, j. em 18/07/2012.

Já encontra-se na jurisprudência dos Tribunais de Contas alguns julgados em que a ausência de pagamento de precatórios devidamente escriturados no orçamento deflagrou a aplicação da infração prevista no art. 5º da Lei 10.028/2000.⁴⁷⁹

8.4 Tutela internacional

8.4.1 A possibilidade do Brasil ser condenado a indenizar os credores de precatórios pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

Por meio do Decreto 678/92 o Brasil cumpriu todos os requisitos legais internos e tornou-se signatário do Pacto de San Jose de Costa Rica, tendo-o integrado à sua estrutura jurídica.

Mirtô Fraga, em monografia específica sobre o tema defende que há prevalência dos tratados internacionais devidamente entronizados no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a regra multilateral sobrepõe-se à lei nacional anterior e mesmo posterior, nestes termos, verbis:

“O princípio *lex posterior derogat priori* não tem aplicação, no Brasil, para solucionar o conflito entre fontes externa e interna do direito. O tratado, regularmente concluído não obriga, apenas, o executivo, mas vincula todo o Estado, não sendo permitido nenhum de seus Poderes contrariá-lo. Admitir que o Legislativo possa editar lei, revogando o tratado que aprovou, se não há, para isso, autorização constitucional, é reconhecer o predomínio das Assembléias, em oposição a comentado superior que declara harmônicos e independentes os Poderes de Estado. A aprovação do acordo pelo Congresso é autorização ao Executivo para ratificá-lo e é aquiescência à matéria nele contida. *O tratado não pode ser modificado por lei, porque, na formação desta, não participam todos os que intervieram na conclusão daquele.*”⁴⁸⁰

A razão deste posicionamento, radica no fato de que o compromisso do país assumido junto à comunidade internacional, agregado ao fato de que se exige votação com quórum específico no parlamento para a entronização do tratado, garantem *status* diferenciado à norma – com relativa supremacia em confronto com as leis ordinárias nacionais.

⁴⁷⁹ Tribunal de Contas do estado do Paraná, 2ª Câmara, v.u., Prestação de Contas do município de Mandirituba, proc. 152.108/08, rel. Conselheiro Nestor Baptista, j. em 18/01/2012, disponível em <<https://www.tce.pr.gov.br/publicacao.aspx?P=588123>

⁴⁸⁰ FRAGA, Mirtô. *O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno*. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 132-133 – grifei. No mesmo sentido: “Na prática, verifica-se que as regras constantes de um tratado devidamente aprovado e ratificado substituem a lei interna; dentro do mesmo critério, *uma lei interna posterior não pode substituir um tratado que foi aprovado pelo legislativo e ratificado pelo executivo.*” (ACCIOLY, Hildebrando. NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Manual de Direito Internacional Público*. 14ª ed. São Paulo Saraiva, 2000, p. 62 – grifei)

Entretanto, a jurisprudência do STF,⁴⁸¹ em famoso *leading case* firmou entendimento anteriormente que o tratado ingressava em no ordenamento brasileiro com força de lei, sendo revogado por novo ato do parlamento que o contrariasse. Esta é a posição de José Francisco Rezek,⁴⁸² que colaciona posição da doutrina americana. No direito Inglês é assente a idéia de supremacia do direito interno: “the legislative supremacy of Parliament is not limited by international law. The courts may not hold an Act void on the ground that it contravenes general principles of international law.”⁴⁸³

Entretanto, houve alteração constitucional que coloca novo relevo à matéria. O § 3º do art. 5º da CF/88, acrescentado pela EC/45, regula que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais. E esta alteração influenciou o STF, que passou a entender diferentemente do que restou assentado no RE 80.004: os tratados (de direitos humanos) ingressam com força especial no ordenamento brasileiro, revogando as normas existentes sobre o assunto e *não sendo revogadas por normas posteriores*. Assim cristalizou-se o pensamento oposto do STF em relação ao decidido no RE 80.004, *verbis*:

“PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”⁴⁸⁴

Esta mudança de paradigma, elogiável, realizado pelo constituinte derivado brasileiro e, agora, efetivada pelo Supremo Tribunal Federal, se dá em harmonia com o que doutrina Fernando Gonzaga Jayme:

⁴⁸¹ “Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – Aval Aposto à Nota Promissória não Registrada no Prazo Legal – Impossibilidade de Ser o Avalista Acionado, Mesmo Pelas Vias Ordinárias. Validade do Decreto-Lei n. 427, de 22/01/1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de cambio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela as leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Dec. Lei nº 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi aposto. Recurso Extraordinário conhecido e provido.” (STF, Pleno, m.v., RE 80.004/SE, rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. em 01/06/1977, RTJ 83-03/809)

⁴⁸² REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 97-98. No mesmo sentido: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. “Critérios Científicos para a Solução dos Conflitos Aparentes entre Tratados Internacionais e a Constituição Federal.” RT 855/32.

⁴⁸³ BRADLEY, A. W. EWING, K. D. *Constitutional and Administrative Law*. 13th ed. Essex: Pearson Longman, 2003, p. 56.

⁴⁸⁴ STF, Pleno, m.v., RE 466.343, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 03/12/2008, DJe 04/06/2009.

“A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, ao considerar que o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades é um compromisso universal deu início à reformulação do conceito de soberania. A noção de soberania entendida como *summa potestas*, como poder supremo, inexistindo poder acima se si, não mais se adequa à realidade da garantia objetiva dos direitos humanos. A proteção dos direitos humanos exige que os atos que os afetem não permaneçam sob o arbítrio do poder soberano interno, encontrando-se, então, superado o conceito de soberania absoluta. *A dignidade da pessoa humana encontra-se resguardada por um conjunto de garantias que transcendem as fronteiras nacionais, impondo limitações legítimas ao exercício do poder nos casos de violação das normas de direitos humanos.*”⁴⁸⁵

Na visão de Willis Santiago Guerra Filho não se deve confundir direitos fundamentais, compilados (expressa ou implícitamente) na ordem jurídica interna, com os direitos humanos, *estes como vocação universalista, internacional*, direitos que constituem verdadeiras “pautas ético-políticas, direitos morais, situados em uma dimensão supra positiva, deontologicamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas”⁴⁸⁶ que são o substrato dos direitos fundamentais, ancorados no direito interno positivado.

Ao assumir as regras decorrentes das Declarações de Direitos Humanos, o Brasil se projeta como mais um Estado que deve garantir o substrato ético de consideração à pessoa humana, diante do maior dos princípios jurídicos que se impõe à interpretação dos direitos humanos: o princípio *pro homine*.⁴⁸⁷ Ademais, o compromisso assumido pela nação é, também, de *meios* e, portanto, *processual*, como explica Fernando Jayme:

“A Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação aos Direitos Humanos, impõe ao Estado a obrigação de adotar no direito interno as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas regras. Além disso, o Estado, ao aderir à Convenção e reconhecer a competência jurisdicional da Corte, assume também um compromisso transcendente aos limites do poder soberano interno, o de cumprir decisões de um órgão jurisdicional não sujeito à sua soberania. A proteção dos direitos humanos não se esgota nem poderia esgotar-se no âmbito estatal.”⁴⁸⁸

Violado algum dos Direitos Humanos e não garantida a proteção deles em nível interno, abre-se, então, a instância da proteção jurídica dos organismos internacionais.

⁴⁸⁵ JAYME, Fernando Gonzaga. “A Relação entre o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Interno.” *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* 53/80.

⁴⁸⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 43-44.

⁴⁸⁷ Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 29:

“Normas de interpretação. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: (...)
b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados.”

⁴⁸⁸ JAYME, Fernando Gonzaga. “A Relação entre o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Interno.” *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* 53/82.

Mas antes de perscrutar sobre o procedimento, é cabível uma análise de quais direitos humanos *em espécie* foram violados pelo Estado brasileiro ao negar efetividade ao precatório.

Fernando Romera Stábile, um dos advogados que acionou o Estado Brasileiro na Corte Interamericana dos Direitos Humanos, em ação que já recebeu chancela positiva da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos e, em breve, será apreciada definitivamente, sustenta que são estes os direitos violados: Direito à tutela jurisdicional efetiva, direito à proteção da dignidade; direito social à alimentação, vestuário, habitação e saúde e, no caso dos precatórios alimentares, direito à remuneração.⁴⁸⁹

Frise-se, então, que a violação a um direito humano é uma das *conditio sine qua non* para apresentação de um caso perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. A outra *conditio* é a de que a tutela estatal deixou à míngua aquele direito, ou seja, antes de uma instância recursal, o sistema interamericano de proteção de direitos humanos atua somente na lacuna ou falha da jurisdição interna – nunca como Corte de revisão ou cassação.

Quando se fala em sistema interamericano deve-se tem em mente a bipartição dos órgãos de tutela, como anota Fernando Jayme:

“No plano internacional, funciona com dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os órgãos interamericanos de proteção dos direitos humanos somente atuarão se, após o esgotamento dos recursos jurisdicionais internos, perdurar violação a dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos.”⁴⁹⁰

8.4.2 Breves considerações sobre o trâmite das ações de tutela internacional dos Direitos Humanos

Uma queixa de violação aos direitos humanos primeiro deve ser apresentada à Comissão, sediada em Washington, composta por sete membros eleitos pela OEA com notável saber sobre direitos humanos. Trata-se de um órgão consultivo e instância preliminar na propositura das demandas perante o sistema interamericano.

⁴⁸⁹ STÁBILE, Fernando Romera. *Violação de Direitos Humanos na Omissão de Pagamento dos Precatórios*. São Paulo: PUC/SP (monografia de especialização), 2009, p. 29-33.

⁴⁹⁰ JAYME, Fernando Gonzaga. “A Relação entre o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Interno.” *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* 53/86.

Já a Corte Interamericana é formada por sete juízes, com garantias e imunidades de diplomata, e com poderes decisórios assemelhados aos de juízes, que atuam em uma Corte sediada em San Jose da Costa Rica. Indicados pelos países membros, os juristas são eleitos pela Assembleia Geral da OEA para um mandato de 6 anos.

“A Corte Interamericana, por deter competência jurisdicional, ocupa papel proeminente na proteção dos Direitos Humanos, tendo a prerrogativa de pronunciar-se por último e com definitividade, pois suas decisões são irrecorríveis. A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão soberano no exercício do controle dos compromissos e princípios assumidos pelos Estados Partes na Convenção Americana.”⁴⁹¹

Ditas estas palavras sobre as condições de processabilidade, é de se anotar, então, que o Brasil se enquadra, no tocante aos precatórios, em todos os requisitos para responder perante o Tribunal Internacional por sua mora.

Tanto é assim, que a imprensa noticia que a ação envolvendo os precatórios do município de Santo André, em São Paulo, patrocinada pelo advogado já citado Fernando Romera Stábile, teve parecer favorável pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos – portanto – do ponto de vista do órgão consultivo do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos o Brasil se encontra em mora com os credores que não encontram tutela efetiva no sistema de tutela jurídica nacional – *o que é fato*.

Moralmente, a República Federativa do Brasil, por inércia dos administradores públicos e leniência do Poder Judiciário não oferece a prometida “tutela jurisdicional efetiva e em tempo razoável” prescrita no art. 5º da CF, merecendo, pois, a reprimenda internacional e a chancela de país violador dos direitos humanos.

8.4.3 Condenação pecuniária, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e a execução deste julgado, no Brasil

Primeira questão que se coloca, tendo em vista que as grandes violações às regras dos precatórios são realizadas por Estados-membros e Município brasileiros, é como, na prática, se dará esta execução, na medida em que “compete à União... manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais” (CF/88, art. 21, I).

⁴⁹¹ JAYME, Fernando Gonzaga. “A Relação entre o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Interno.” *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* 53/89.

Segundo o Pacto de San Jose da Costa Rica, é a União quem responde pelas violações, ainda que o ente federativo que as tenha causado não seja um ente federal.

Eis a norma:

“Artigo 28. Cláusula Federal

1. Quando se tratar de um Estado Parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.

2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.

3. Quando dois ou mais Estados Partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado assim organizado as normas da presente Convenção.”

Não há nenhuma crítica que se possa fazer ao dispositivo. Realmente, a inércia da União é que permitiu que as coisas chegasse ao estado que estão hoje, no âmbito dos três poderes. O Executivo que não usou de sua força política e administrativo-financeira para pressionar os outros entes da federação a adimplirem seus precatórios. O legislativo, por ter abdicado solenemente ao seu dever de fiscalizar e propor medidas políticas para extirpar o doentio calote público. E, mais especialmente, o Poder Judiciário, na figura do STF, que tem chancelado todas as construções jurídicas possíveis e imagináveis para blindar os entes devedores.

Quer-se ousar mais! Se é bem verdade que a jurisdição da Corte Interamericana se integra a jurisdição pátria, tem-se que *os próprio tribunais brasileiros poderiam responsabilizar a União pelo pagamento dos precatórios inadimplidos*, tendo em vista que “as relações entre entes da Federação, especialmente entre a União e Estado- membro, devem ser regidas por vetores constitucionais como lealdade federativa, solidariedade...”⁴⁹²

⁴⁹² STF, decisão monocrática, ACO 2.178, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 11/11/2013.

CONCLUSÃO

O problema que deu inspiração a esta tese é o da falta de concretude do procedimento dos precatórios judiciais, quando não atendido pelo ente fazendário que restou condenado a adimplir uma prestação em pecúnia.

Partimos da diferenciação entre *celeridade* e *efetividade* para demonstrar que as reformas processuais que estão se operando nas últimas quadras, são só um paliativo para a desejada tutela jurisdicional célere e efetiva, pois não atacam os problemas patrimoniais e econômicos decorrentes da ausência de ferramentas coercitivas, que levem em consideração o jogo *econômico*, para fazer valer os direitos.

Assim, regras que *imunizam* bens (particulares, via impenhorabilidade e públicos, via execução inoperante) são resquícios de eras de privilégio a certas camadas influentes.

Nesta senda, não desafia o sistema de tripartição de poderes uma postura mais enérgica do Poder Judiciário no efetivo reconhecimento dos direitos do credor da Fazenda Pública.

Verificou-se que uma série de normas legais e interpretações que se dão a estas normas legais existem para sustentar um sistema tirânico de desvio de riquezas, dos mais fracos para os mais fortes, tanto em nível interno quanto internacional – o que chamamos de pilhagem. As regras do Estado Democrático de Direito, então, são dicotômicas. As que permitem a pilhagem constituem as do lado obscuro, negativo. Curiosamente, o Poder Judiciário, por sua atuação reflexiva, pode atuar dentro de um espectro do considerado “bom” do Estado de Direito. Mas quando se recusa a por limites à atuação neoliberal, lastreando suas decisões em uma visão deturpada da “tripartição de poderes”, em normalismos vazios, ou em

doutrinas como a da auto-contenção (*self-restraint*), o Poder Judiciário transforma-se em, somente, mais uma peça do jogo tirânico de pilhagem – papel que é o hoje desempenhado pelo judiciário brasileiro.

Posto este estado de coisas, com fundamento na teoria dos direitos fundamentais e na possibilidade de *derrotabilidade* das normas jurídicas – ou seja – não aplicação de um estatuto legal quando as condições de fato presumidas pela norma não acontecem (no caso, o desrespeito ao art. 100 da CF/88), propôs-se, então, a penhora dos bens dominicais do Estado, com forte inspiração em importantíssimo precedente da Corte Constitucional Espanhola.

Tendo em vista que os bens dominicais do Poder Público não têm *função social* e tendo em vista que a *hasta pública* atende a todos os requisitos do art. 17 da Lei 8.666 para a *alienação de bens públicos*, concluímos que a penhora destes bens poderia ser de grande utilidade para efetivação dos direitos dos credores da Fazenda Pública.

Frise-se que depois do advento da EC 30, que institui entre nós o regime da RPV, não há mais em que se falar em regime exclusivo do precatório, sendo que o sequestro previsto na Lei dos Juizados Especial Federais e da Fazenda Pública tem natureza jurídica de penhora.

Defendeu-se, por outro turno, uma interpretação mais elástica das regras de compensação e aceitação dos precatórios como bens passíveis de penhora, medidas paliativas mas que podem contribuir para um movimento de maior respeito do direitos do credor.

Propôs-se, também, inspirado no modelo Alemão e Americano de cumprimento de decisões judiciais, a aplicação de multas contra os agentes públicos (administradores) responsáveis pelo descumprimento, com fundamento em um novo princípio que se descortina no cenário processual: o princípio da colaboração, que permite a mescla de medidas coercitiva com medidas de subrogação para efetivação dos direitos já reconhecidos em sentença.

Ultima ratio na defesa do credor, a tutela da Corte Interamericana de Direitos Humanos se impõe ante a já antiga e costumeira despreocupação dos gestores da coisa pública brasileira com o adimplemento das obrigações em favor do cidadão.

À guisa de conclusão, percebe-se que pouco adianta Constituição Federal, legislação processual e doutrinadores em coro bradar por efetividade e celeridade processual se ainda existem zonas de imunidade – ou seja – se em determinados temas e áreas do processo civil

não se perceba mentalidade e coragem de assumir uma postura concretizante das promessas realizadas no texto da Carta Maior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCIOLY, Hildebrando. NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Manual de Direito Internacional Público*. 14^a ed. São Paulo Saraiva, 2000.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. “Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações.” *Direito, Estado e Sociedade* 29. Rio de Janeiro: Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, p. 49-68, jul./dez. 2006.
- ALVAREZ, Anselmo Prieto. *Os Regimes de Pagamento de Precatórios na Execução contra a Fazenda Pública e a Emenda Constitucional 62/2009*. São Paulo: PUC/SP / tese de doutoramento, 2009.
- ALVES, Francisco Glauber Pessoa. “A Realização Pecuniária Contra a Fazenda Pública, seu Panorama Atual e as Novidades da Emenda Constitucional 30/00.” In: SHIMURA, Sérgio. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coords.) *Processo de Execução e Assuntos Afins*. São Paulo: RT, vol. II, 2001.
- ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “Esecuzione Forzata” nel Sistema della Tutela Giurisdizionale. Milano: Giuffrè, 1983.
- ANDRADE, Fábio Martins de. “Precatórios e Modulação.” In: <<http://jus.com.br/artigos/25820/precatórios-e-modulacao>>, acesso em 10/01/2014.
- ANJOS, Pedro Germano dos. *Controle Jurisdicional do Orçamento: planejamento, orçamento e diálogo constitucional no cumprimento dos direitos fundamentais e prestações fáticas*. Salvador: Universidade Federal da Bahia (dissertação de mestrado), 2010.
- ANJOS, Rita Helena dos. SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. “Execução Contra a Fazenda Pública – Razões Políticas do Descumprimento às Ordens Judiciais.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (coord.) *Série Pesquisas do CEJ*. Brasília: CEJ/CJF, 2002, vol. VIII.
- ANNONI, Danielle. *O Direito Humano de Acesso à Justiça em um Prazo Razoável*. Florianópolis: UFSC / tese de doutoramento, 2006.

- ARAÚJO, Eugênio Rosa. *Economia & Justiça: ativismo judicial na política monetária*. Niterói: Ímpetus, 2012.
- ARENDT, Hannah. *Crises da República*. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- _____. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Cia. das Letras, 2006.
- _____. *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1973.
- ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2009.
- _____. *Manual da Execução*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2013.
- _____. “O Contempt of Court no Direito Brasileiro.” *Revista Jurídica* 318. Porto Alegre: Notadez, p. 7-23, abril de 2004.
- ASSONI FILHO, Sérgio. “A Lei de Responsabilidade Fiscal e a Coibição de Desvio de Poder na Execução Orçamentária.” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 100. São Paulo: Universidade de São Paulo / Faculdade de Direito, p. 649-667, jan./dez. 2005.
- ATALIBA, Geraldo. “Patrimônio Administrativo – Empresas Estatais Delegadas de Serviço Público – Regime de Seus Bens – Execução de Suas Dívidas.” *Revista Trimestral de Direito Público* 7. São Paulo: Malheiros, p. 21-40, jul./set. 2000.
- BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.
- BADIN, Arthur Sanches. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução às Finanças Públicas*. 15ª ed. Atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O Poder Judiciário e a Efetividade da Nova Constituição.” *Revista Forense* 304. Rio de Janeiro: Forense, p. 151-155, out./dez. de 1988.
- _____. “Por um Processo Socialmente Efetivo.” *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* 11. Porto Alegre: Síntese, p. 5-14, maio/jun. de 2001.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROS, Humberto Gomes. “Introdução.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (coord.). *Execução Contra a Fazenda Pública – Razões Políticas do Descumprimento às Ordens Judiciais*. Brasília: Série Pesquisas do Centro de Estudos Judiciários (CEJ) / Conselho da Justiça Federal (CJF), 2002.
- BAYÓN, Juan Carlos. “Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y Positivism Jurídico.” *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 13. Ciudad del México: Departamento Académico de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México, p. 87-117, octubre de 2000.
- BIM, Eduardo Fortunato. “A Razão de Estado na Práxis da Suspensão de Segurança.” In: JOBIM, Eduardo; MARTINS, Ives Gandra da Silva (orgs.). *O Processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- _____. “A Validade da Desapropriação Ascendente de Bens Públicos Dominiais sem Função Estratégica.” Artigo Inédito. No prelo.
- _____. “Aspectos Gerais da Penhora *On-Line* no Processo Civil e no Executivo Fiscal.” In: CHIESA, Clélio. PEIXOTO, Marcelo Magalhães. *Processo Judicial Tributário*. São Paulo: MP Editora/APET, 2006.
- BLACK, Henry Campbell. *Black’s Law Dictionary*. 2ª ed. Minnesota: West Publishing Co., 1910.
- BLANKE, Hermann-Joseph. “El Patrimonio Financiero como Bien Público Ejecutable en el Derecho Alemán.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003.
- BONAVIDES, Paulo: *Do País Constitucional ao País Neocolonial*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BRADLEY, A. W. EWING, K. D. *Constitutional and Administrative Law*. 13th ed. Essex: Pearson Longman, 2003.

BRASIL. “Cartilha para Captação de Empréstimos Estrangeiros.” In: <<http://www.ucp.fazenda.gov.br/pnafm/sobre-o-programa/sobre-o-programa/condicoes-do-financiamento>>, acesso em 25 de novembro de 2013.

_____. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento ‘B’)*. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

_____. “O Programa Brasileiro de Privatizações.” In: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/BNDES_Transparente/Privatizacao/>, acesso em 12 de setembro de 2013.

_____. “Relatório de Encerramento da Lei 7.976/89.” Disponível em: <http://www3.tesouro.gov.br/haveres_uniao/downloads/LEI_7976_Relatorio_Encerramento.pdf>, acesso em 12 de setembro de 2013.

_____. *Manual de Financiamentos Externos: organismos internacionais de financiamento*. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão / Secretaria de Assuntos Internacionais, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. “Execução por Quantia Certa Contra a Fazenda Pública – Uma Proposta de Sistematização.” In: SHIMURA, Sérgio. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coords.) *Processo de Execução e Assuntos Afins*. São Paulo: RT, vol. II, 2001.

_____. *O Poder Público em Juízo*. 2^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BUGARIN, Maurício Soares. MENEGUIN, Fernando Boarato. “A Emenda Constitucional dos Precatórios: Histórico, Incentivos e Leilões de Deságio.” *Estudos Econômicos* 42. São Paulo: Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, p. 671-699, dezembro de 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação Contra Legem: a Teoria do Discurso e a Justificação Jurídica nos Casos Mais Difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. “A Crise no Processo de Execução.” In: ASSIS, Araken de. (org.) *O Processo de Execução - Estudos em Homenagem ao Prof. Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: SAFE, 1995.

- CALMON FILHO, Petrônio. “Execução Contra a Fazenda Pública e Penhora de Bens Públicos. Proposta do Instituto Brasileiro de Direito Processual para a Reforma do Artigo 100 da Constituição Federal.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003.
- CAMPOS, Elisa. “Carga tributária cresce mais do que PIB na década.” *Época Negócios*. Disponível em <<http://colunas.revistaepocanegocios.globo.com/financasdebolso/2011/02/16/carga-tributaria-cresce-mais-do-que-pib-na-decada/>>, acesso em 15 de dezembro de 2013.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6^a ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. *Estado de Direito*. Gradiva: Lisboa, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Brian. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988.
- _____. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1999.
- CARDOSO, Marco Aurélio. “Razão de Estado: poder e liberdade.” In: *Anais do VI Simpósio Nacional Estado e Poder: Cultura*. Aracaju: Universidade Federal de Sergipe, 2010, disponível em <<http://www.historia.uff.br/estadoepoder/6snepc/Grupos.html>>, acesso em 23/12/2013.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CASTRO NUNES. *Da Fazenda Pública em Juízo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.
- _____. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.
- CATALDO, Bernard F. KEMPIN Jr., Frederick G. STOCKTON, John M. WEBER, Charles M. *Introduction to Law and the Legal Process*. 3rd ed. New York: John Wiley & Sons, 1980.
- CHEMERINSKY, Erwin. “Against Sovereign Immunity.” *Stanford Law Review* 53. Stanford: Stanford Law School, p. 1201-1224, maio de 2001.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, vol. I, 1998.

- COLE, Charles D. “Imunidade Soberana e Responsabilidade Civil do Governo Federal dos Estados Unidos da América.” Trad. Brynte Svedberg. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. “Principi Costituzionali e Processo di Esecuzione.” *Rivista di Diritto Processuale* n. 2-1994. Padova: Cedam, p. 450-469, apr./giu. 1994.
- COMPARATO, Fábio Konder. “Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas.” *Revista de Informação Legislativa* 138. Brasília: Senado Federal / Instituto Legislativo Brasileiro, p. 39-48, abr./jun. de 1998.
- COSTA, Yvete Flávio da. *O Leilão no Processo Constitucional*. São Paulo: PUC/SP (Tese de Doutorado), 2002.
- COSTANTINO, Giorgio. “Le Riforme della Giustizia Civile nella XIV Legislatura.” *Rivista de Diritto Processuale* n. 1-2005. Padova : Cedam, p. 15-36, gen./mar. 2005.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2007.
- _____. *A Fazenda Pública em Juízo*. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- DAKOLIAS, Maria. “Elementos para Reforma.” Trad. Sandro Eduardo Sardá. *Documento Técnico Número 319: O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe*. Washington: Banco Mundial, 1996.
- DALLAVERDE, Alexsandra Katia. *As Relações entre os Poderes na Gestão das Finanças Públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução Contra a Fazenda Pública: regime de precatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- DELGADO, José Augusto. “Precatório Judicial e Evolução Histórica. Advocacia Administrativa na Execução Contra a Fazenda Pública. Impenhorabilidade dos Bens Públicos. Continuidade do Serviço Público.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003.
- DIAS, Francisco Barros. “Inconstitucionalidade das Normas Impeditivas de Liminares.” *Revista de Processo* 59. São Paulo: RT, p. 125-134, jul./set. de 1990.
- DIP, Ricardo Henry Marques. “Natureza das Coisas e Direito: notas para a recuperação de um

- conceito.” *Revista dos Tribunais* 715. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 370-374, maio de 1995.
- DUARTE, Francisco Carlos. “Tempo e Decisão na Sociedade de Risco: um Estudo de Direito Comparado.” *Revista de Processo* 148. São Paulo: RT, p. 99-110, junho de 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESTADO DE SÃO PAULO. “Relatório 2013.” In: <http://www.transparencia.sp.gov.br/Liquidadas%202011.html>, acesso em 20/12/2013.
- EYZAGUIRRE, Hugo. “Institutions and Economic Development: Judicial Reform in Latin America.” In: *II Conference on Justice and Development in Latin America and the Caribbean*. Washington: Inter-American Development Bank, February, 1996.
- FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: SAFE, 1988.
- FARRERES, Germán Fernández. “La Posición del Tribunal Constitucional Español sobre el Privilegio de Inembargabilidad de los Bienes Públicos y la Ejecución de Sentencias Condenatorias de las Administraciones Públicas.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Angel. *La Ejecución Forzosa y las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Iurgium, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Ed. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. “Críterios Científicos para a Solução dos Conflitos Aparentes entre Tratados Internacionais e a Constituição Federal.” *Revista dos Tribunais* 855. São Paulo: RT, p. 30-45, janeiro de 2007.
- FIELD, Richard H. KAPLAN, Benjamin. CLERMONT, Kevin M. *Materials for a Basic Course in Civil Procedure*. 7th ed. New York: The Foundation Press, 1997.
- FIGUEIRA Jr., Joel Dias. *Liminares nas Ações Possessórias*. 2.^a ed. São Paulo: RT, 1999.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

- FRAGA, Mirtô. *O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno*. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FRANCIULLI NETO, Domingos. “Notas sobre o Precatório na Execução contra a Fazenda Pública.” *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva* 12. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, p. 27-53, jan./jun. 2000.
- FRANCO Jr., Raul de Mello. *Alienação de Bem Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FREITAS, Juarez. *A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta*. Porto Alegre: Vozes, 1989.
- FUX, Luiz. “O Novo Microsistema Legislativo das Liminares contra o Poder Público.” *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. NERY Jr., Nelson. FUX, Luiz. (Coords.) Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 2004.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GAIER, Reinhard. “A Execução das Decisões na Jurisdição Constitucional.” *In: LEAL, Márcio Flávio Mafra (coord.). Seminário Internacional Brasil – Alemanha : Pontes Miranda, Recife/PE, 7 a 9 de outubro de 2010*. (Trad. Márcio Flávio Mafra Leal). Brasília: Conselho da Justiça Federal – CJF / Centro de Estudos Judiciários – CEJ, 2010.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GALLO, Fernando. “Estatais Paulistas Respondem por Metade dos Gastos do Governo com Propaganda.” *O Estado de São Paulo* de 1º/04/2013. Disponível em <<http://www.estado.com.br/noticias/impresso,propaganda-de-governo-gastos-sem-limite,1016816,0.htm>>, acesso em 10 de outubro de 2013.
- GIL, Milagros López. “La Defensa de los intereses públicos como límite a la ejecución de sentencias contra la Administración.” *Revista CEJ* 36. Brasília: Conselho da Justiça Federal, p. 72-82, jan./mar. 2007.

- GIORGIANNI, Michele. “Tutele del Creditore e Tutela ‘Reale’.” *Revista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile* 3-1975. Milano: Giuffrè, p. 853-863, set. 1975.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.
- GONCALVES, Gláucio Ferreira Maciel. FONSECA, Ângelo Emílio de Carvalho. “Do Cumprimento das Sentenças Judiciais Contra a Fazenda Pública no Brasil: o instituto dos precatórios.” *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 5. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 2659-2739, 2012.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey / Fundación de Derecho Administrativo, 2003, tomo I.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1991.
- GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. I, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ética, Abuso do Processo e Resistência às Ordens Judiciárias: o Contempt of Court.” *Revista de Processo* 102. São Paulo: RT, p. 219-227, jan./mar 2002.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Introdução a uma Teoria Possibilista do Direito (como Teoria Filosófica Fundamental de Base Fenomenológica): proposta de investigação.” In: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/161106y.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2007.
- _____. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS, 2005.
- GUERRA, Marcelo Lima. “*Contempt of Court*: Efetividade da Jurisdição Federal e Meios de Coerção no Código de Processo Civil e Prisão por Dívida – Tradição no Sistema Anglo-Saxão e Aplicabilidade no Direito Brasileiro.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003.
- _____. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003.
- _____. *Execução Indireta*. São Paulo: RT, 1998.

- GUIMARÃES, Bernardo Strobel. “Por uma Administração Responsável ou da Inviabilidade de a Atuação Administrativa Impor ao Particular o Regime de Precatórios.” In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.) *Direito Público em Evolução – Estudos em Homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1997.
- HAMILTON, Alexander. “Da Inamovibilidade do Poder Judiciário.” In: HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *O Federalista*. São Paulo: Abril Cultural (Série “Os Pensadores”), 1973, vol. XXIX.
- HAZARD Jr., Geoffrey. TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an Introduction*. New York: Yale University Press, 1993.
- HERRERA, Maria Concepción Escudero . *Los Obstáculos a la Efectividad de las Sentencias en el Contencioso-Administrativo, y sus Soluciones*. Madrid: Librería-Editorial Dykinson, 2005.
- HESPANHA, António Manuel. “Lei e Justiça: história e prospectiva de um paradigma.” In: HESPANHA, António Manuel (Coord.). *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.;
- HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. Tradução de Ernildo Stein. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?* New York: Norton & Company, 2000.
- INGMAN, Terence. *The English Legal Process*. 9th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- JAFFE, Louis. L. “Suits Against Governments and Officers: Sovereign Immunity.” *Harvard Law Review* 77. Cambridge: The Harvard Law Review Association, p. 1-39, november 1963.

- JAYME, Fernando Gonzaga. “A Relação entre o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Interno.” *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* 53. Belo Horizonte: UFMG, p. 79-102, jul./dez. 2008.
- _____. “Os Problemas da Efetiva Garantia de Proteção Judicial Perante o Poder Judiciário Brasileiro.” In: JAYME, Fernando Gonzaga. FARIA, Juliana Cordeiro de Faria. LAUAR, Maira Terra (coords.) *Processo Civil – Novas Tendências: Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- _____. *Direitos Humanos e sua Efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- JUND, Sérgio. *AFO – Administração Financeira e Orçamentária*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2008.
- KANE, Mary Kay. *Civil Procedure in a Nutshell*. 4th ed. Saint Paul: West Publishing, 1996.
- L. L. J. “Constitutional Law: Imprisonment for a Civil Debt.” *California Law Review* 2(2). Berkeley: University of California / School of Law, p. 142-144, janeiro de 1914.
- LIMA NETO, Francisco Vieira. GUIMARÃES, Jader Ferreira. “As Tutelas de Urgência Contra a Fazenda Pública na Jurisprudência do STF.” *Revista de Processo* 143. São Paulo: RT, p. 163-177, janeiro de 2007.
- MAHONEY, Carlos E. “Understanding Sovereign and Governmental Immunity: Tips and Techniques for Theories of Liability.” In: <<http://gmfm-law.com/wp-content/uploads/2011/03/Understanding-Sovereign-and-Governmental-Immunity.pdf>>, acesso em 12 de março de 2013.
- MAIA, Geraldo Villar Sampaio. “Reestruturação Bancária no Brasil: O Caso do Proer.” *Notas Técnicas do Banco Central do Brasil* 38. Brasília: Banco Central do Brasil, junho de 2003.
- MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e Direitos do Credor*. Curitiba: Juruá, 2008.
- _____. BIM, Eduardo Fortunato. “Restrições ao Poder Geral de Cautela e Derrotabilidade.” *Revista de Processo* 175. São Paulo: RT, p. 34-86, setembro de 2009.
- MARCATO, Antonio Carlos. *O Processo Monitorio Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. “O Direito à Adequada Tutela Jurisdicional.” *Revista dos Tribunais* 663. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 243-247, janeiro de 1991.

- _____. “Tutela Específica após a lei 10.444/2002”, <<http://www.mundojuridico.adv.br>>, acesso em 07 de julho de 2004.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MARRARA, Thiago. *Bens Públicos: domínio urbano: infraestruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- MARTÍNEZ, Miguel Angel Alegre. *La Dignidad de la Persona como Fundamento del Ordenamiento Constitucional Español*. León: Univerdidad de León, 1996.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- MAYER, Dayse de Vasconcelos. *A Democracia Capturada: a face oculta do poder: um ensaio jurídico-político*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. “Desapropriação de Bem Público.” *Revista de Direito Público* 29. São Paulo: RT, p. 47-60, mai./jun. de 1974..
- _____. “Impenhorabilidade dos Bens das Empresas Estatais Exercentes de Atividades Públicas.” *Revista Trimestral de Direito Público* 31. São Paulo: Malheiros, p. 19-25, jul./set. 2000.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva / Direito GV, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. “A Constituição e o ‘Pensamento do Possível’: um Estudo de Caso (Embargos Infringentes na ADIn no 1.289-4).” *Revista do Advogado* 73. São Paulo: AASP, p. 74-81, novembro de 2003.
- _____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. IV, 1993.

- MORAES, José Diniz de. *A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- NADER, Laura. MATTEI, Ugo. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é Ilegal*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- NAVARRO, Pablo. RODRÍGUEZ, Jorge. “Derrotabilidad y Sistematización de Normas Jurídicas.” *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 13. Ciudad del México: Departamento Académico de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México, p. 61-85, octubre de 2000.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. “Da Quebra da Autonomia Liberal à Funcionalização do Direito Contratual.” In: FIUZA, César. SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (coords.) *Direito Civil: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, vol. II.
- NERY Jr., Nelson. NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007.
- _____. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009.
- NIARADI, George. “Execução Judicial contra o Estado: estudo em síntese comparativa das leis fundamentais e da competitividade econômica na Europa, Américas e Asia.” *Revista do Advogado* 111. São Paulo: AASP, p. 125-129, abril de 2011.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006.
- PEREZ, Júlia do Couto. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. “O Regime Especial de Precatórios da Emenda Constitucional n 62 e a Resolução 115 do CNJ.” *Revista do Advogado* 111. São Paulo: AASP, p. 32-37, abril de 2011.
- PIÇARRA, Nuno. *A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- PINHEIRO, Armando Castelar. “Judiciário Brasileiro: evidência empírica para o caso brasileiro.” In: PINHEIRO, Armando Castelar (org.) *Judiciário e Economia no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Estudos Sociais, 2009.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947, vol. III.
- POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. *Problemas de Filosofia do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- PROTO PISANI, Andrea. “Appunti sulla Tutela di Condana.” In: *Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman*. Milano: Giuffrè, vol. III, 1979.
- QUEVEDO, Paulo Alexandre Ney. “O Regime Especial de Execução por Quantia Certa Contra a Fazenda Pública.” *Revista Dialética de Direito Processual* 26. São Paulo: Dialética, p. 112-133, maio de 2005.
- QUINTILIANO, Leonardo David. “Políticas Públicas e Endividamento: como os precatórios financiam os entes federativos.” *Observatório da Jurisdição Constitucional* 2. Brasília: Instituto de Direito Constitucional (IDP), p. 1-43, ago./dez. 2012.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GALESKI Junior, Irineu. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SAAD, Eduardo Gabriel. “Empresa Pública e Penhora de Bens.” *LTr* 58. São Paulo: LTr, p. 313-317, 2000.
- SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil: uma análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- SALLES, Venício. “Emenda Constitucional n 62, de 9/12/2009, e o Regime Especial Destinado à Liquidação da Mora do Pagamento de Precatórios.” *Revista do Advogado* 111. São Paulo: AASP, p. 47-68, abril de 2011.

- SANTOS, Gilton Carneiro dos. “A Dívida dos Estados: Composição, Evolução e Concentração.” In: <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/iipremio/divida/MencaoHonrosa_III_PTN/GiltonCarneiro.pdf>, acesso em 7 de março de 2013.
- SARDENBERG, Carlos Alberto. “Não é o Banco que Quebra, são os seus Clientes.” In: <<http://g1.globo.com/platb/sardenberg/2008/09/>>, acesso em 13 de maio de 2013.
- SARTOR, Giovanni. *Syllogism and Defeasibility: a comment on Neil MacCormick’s rhetoric and the rule of law*. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2006.
- SATTA, Salvatore. *La Rivendita Forzata*. Milano: Giuffrè, 1933.
- SILVA, Américo Luís Martins da. *Precatório-Requisitório e Requisição de Pequeno Valor (RPV)*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. “Conflito aparente de normas no descumprimento de ordem judicial pela Administração Pública.” *Revista de Informação Legislativa* 140. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro / Senado Federal, p. 249-258, out./dez 1998.
- _____. *Execução Contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. “Introdução.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (coord.). *Execução Contra a Fazenda Pública – Razões Políticas do Descumprimento às Ordens Judiciais*. Brasília: Série Pesquisas do Centro de Estudos Judiciários (CEJ) / Conselho da Justiça Federal (CJF), 2002, vol. 8.
- SOARES, Fernando Luso. “Ensaio sobre a Posse como Fenômeno Social e Instituição Jurídica.” In: RODRIGUES, Manuel. *A Posse: estudos de Direito Civil Português*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1986.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo, RT, 1999.
- SOMMERMANN, Karl-Peter. “A Execução Forçada por Quantia Certa Contra a Fazenda Pública no Direito Alemão.” Trad. Luis Greco. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003.
- SOUZA Jr. Antonio Umbelino. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

- SOUZA, Miguel Teixeira de. *Ação Executiva Singular*. Lisboa: LEX, 1998.
- SPALDING, Mauro. *Execução Contra a Fazenda Pública Federal*. Curitiba: Juruá, 2006.
- STÁBILE, Fernando Romera. *Violação de Direitos Humanos na Omissão de Pagamento dos Precatórios*. São Paulo: PUC/SP (monografia de especialização), 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SUNDFELD, Carlos Ari. “Prefácio.” In: PELEGRINI, Márcia. *A Intervenção Estadual nos Municípios: Cumprimento de Ordem ou Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- TALAMINI, Eduardo. “A (In)disponibilidade do Interesse Público: Conseqüências Processuais”, *Revista de Processo* 128. São Paulo: RT, p. 59-77, outubro de 2005.
- _____. “Concretização Jurisdicional de Direitos Fundamentais e Prestações Positivas do Estado.” In: TESHEINER, José Maria Rosa. MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. PORTO, Sérgio Gilberto. (Coords.) *Instrumentos de Coerção e Outros Temas de Direito Processual Civil: Estudos em Homenagem aos 25 Anos de Docência do Prof. Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- TARANTINO, Antonio. *La Problematica Odierna Della Natura delle Cose*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2008.
- TAVARES, Filipe Mascarenhas. “*Sham Litigation*: abuso do direito de ação. atos de má-fé e sua vantagem indevida.” In: <<http://jus.com.br/revista/texto/18730>>, Acesso em: 30 dez. 2011.
- TENÓRIO, Robinson Moreira. “Lógica Clássica: um problema de identidade.” In: <http://www2.uefs.br/sitientibus/pdf/11/logicaclassica_um_problema_de_identidade.pdf>, acesso em agosto de 2013.
- THEODORO Jr., Humberto. “O Processo de Execução e as Garantias Constitucionais da Tutela Jurisdicional.” In: ASSIS, Araken de. (org.) *O Processo de Execução: Estudos em Homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: SAFE, 1995.
- TIMM, Luciano Benetti. MACHADO, Rafael Bicca. “Direito, Mercado e Função Social.” In: <www.iders.org/textos/direito_mercado_funcao_social.pdf>, acesso em 20/07/2010.

- TROIANELLI, Gabriel Lacerda. “Fundamentos Constitucionais do Direito ao Ressarcimento do Indébito Tributário.” *Revista Dialética de Direito Tributário* 27. São Paulo: Dialética, pp. 20-30, dezembro de 1997.
- VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica Jurídica e Derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *A Luta Pelo Estado de Direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. “Nomeação à Penhora de Precatório.” *Revista Dialética de Direito Processual* 26. São Paulo: Dialética, p. 9-19, maio de 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007.
- ZIMMERMANN, Sharon. “Reflexões Sobre a Natureza Jurídica do Trânsito em Julgado para as Condenações Listadas no Art. 2º-B da Lei 9.494/97.” *Revista Dialética de Direito Processual* 98. São Paulo: Dialética, p. 112-122, maio de 2011.