



Associação dos Advogados
de São Paulo

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
DIGNÍSSIMO RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4357**

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO (atos constitutivos anexos), por seus advogados que esta subscreve (instrumento de mandato anexo), nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade sob número em epígrafe, proposta pelo **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL E OUTROS**, em face das normas veiculadas pela Emenda Constitucional n. 62/2009, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro no artigo 7º, §2º, da Lei nº 9868/99, requerer a sua admissão no feito como “*amicus curiae*” e/ou assistente simples.

A Associação dos Advogados de São Paulo é uma entidade sem fins lucrativos, fundada em 1943, e que tem, dentre suas finalidades, a defesa dos direitos, interesses e prerrogativas de seus associados e dos advogados em geral (artigo 2º do Estatuto Social da requerente), contando com mais de 88 (oitenta e oito) mil associados.

No caso vertente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade admitida por esta Colenda Corte discute a constitucionalidade de emenda constitucional 62/09, que modificou a sistemática de pagamento dos precatórios e, por conseguinte, a forma de cumprimento das decisões judiciais.

Trata-se de tema de especial relevância para a classe dos advogados, cuja defesa dos interesses é uma das atribuições principais da Associação dos Advogados de São Paulo – AASP.

Isso porque, a forma de cumprimento das decisões judiciais condenatórias em face dos Poderes Públicos diz respeito ao efetivo exercício da advocacia, cujo mister apenas termina com a liquidação final dos créditos em discussão.

Adicionalmente, na expressiva maioria dos casos em que há uma decisão condenatória em face dos entes públicos, há, igualmente, uma condenação em pagamento de verba honorária, acentuando, ainda mais, o interesse da advocacia no desfecho desta Ação Direta de Inconstitucionalidade.

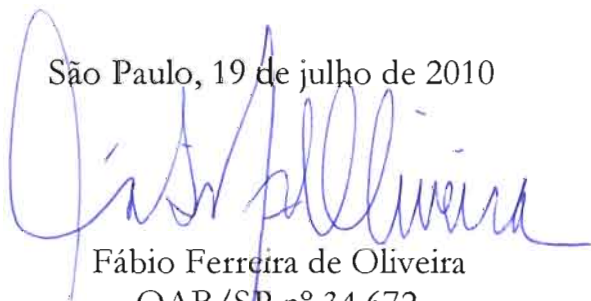
Há que se ressaltar que os contornos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos termos regulados pela Lei nº 9.868/99 (§1º do art. 7º), preveem a intervenção de terceiros, seja na condição de assistente simples ou na de “amicus curiae”.

Ante o exposto, requer-se a admissão da Associação dos Advogados de São Paulo no presente feito e o recebimento da manifestação anexa, a fim de contribuir para o melhor desfecho possível da questão jurídica versada nestes autos.

Por fim, pede-se que o nome dos advogados Roberto Timoner, Luís Carlos Moro e Afranio Affonso Ferreira Neto, sejam anotados na contracapa dos autos, para que sejam intimados de todos os atos praticados e decisões proferidas nestes autos.


Termos em que,
Pede Deferimento.

São Paulo, 19 de julho de 2010



Fábio Ferreira de Oliveira
OAB/SP nº 34.672
Presidente

Associação dos Advogados de São Paulo



Roberto Timoner
OAB/SP nº 156.828



Luís Carlos Moro
OAB/SP 109.315



Afranio Affonso Ferreira Neto
OAB/SP 155.406

Ação Direta de Inconstitucionalidade n.4357

Autora: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Outros

Manifestante: Associação dos Advogados de São Paulo – SP – AASP

Rel. Ministro Carlos Ayres Britto

**Col. Supremo Tribunal Federal,
D.D. Ministros,**

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, juntamente com outras 5 (cinco) entidades, objetivando a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais constantes da Emenda Constitucional nº 62/2009.

Com efeito, referida Emenda Constitucional, ao remodelar o sistema de pagamento dos precatórios, acabou por se distanciar de princípios fundamentais, erigidos pela Constituição Federal de 1988 como cláusulas pétreas, incidindo, pois, em vício de inconstitucionalidade.

Deste modo, e sem prejuízo dos percucientes argumentos levantados na petição inicial, pede a AASP vênias para trazer à baila algumas considerações jurídicas, que entende devam ser sopesadas quando do julgamento desta Adin.

1) Da Inserção da Emenda Constitucional 62/09 no ordenamento jurídico brasileiro

Inicialmente, a Constituição de 1988 previa que o pagamento dos precatórios deveria ocorrer no ano subsequente ao que o precatório foi constituído,

salvo se tal constituição ocorresse após 1º de julho, quando seu pagamento deveria ocorrer no segundo ano subsequente.

Apenas em caráter excepcional e transitório (tanto que introduzido no ADCT), o Poder Constituinte Originário estabeleceu (art.33 do ADCT) a possibilidade de os precatórios pendentes de pagamento na data de promulgação da Constituição serem pagos em até 8 (oito) parcelas anuais e sucessivas.

O sistema de pagamento dos precatórios previsto no art. 100 da Constituição Federal sofreu uma alteração fundamental quando da promulgação da Emenda Constitucional 30/00. Referida Emenda introduziu o parcelamento dos precatórios federais, estaduais e municipais, relativos aos precatórios pendentes de pagamento (ressalvado os já parcelados nos termos do art. 33 do ADCT) e às ações judiciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999, em até 10 (dez) prestações anuais, iguais e sucessivas.

A referida Emenda Constitucional tinha por finalidade, por uma medida transitória, inserida no art. 78 do ADCT, permitir a recomposição da situação financeira dos entes públicos.

A esse tempo, pululavam pedidos de intervenção federal nos Estados e Estadual nos Municípios, em virtude de não pagamento dos precatórios e consequente descumprimento de decisões judiciais transitadas em julgado.

Essa primeira moratória pós Constituição de 88, frise-se, de caráter temporário, tinha a finalidade de permitir a resolução do estado de inadimplemento dos entes públicos¹.

¹ Embora tenha sido ajuizada ação direta de inconstitucionalidade em face da Emenda Constitucional 30/2000, esta, até a presente data, não foi julgada.

Pois bem. Esvaídos quase 10 anos da edição da EC 30/00, sobrevém a Emenda 62/09, cuja razão de existir, segundo afirmado durante os debates legislativos, seria substancialmente a mesma, e que, pretensamente, uma vez mais, também possui caráter transitório, eis que veiculada, primordialmente, por meio de nova alteração do ADCT.

2) Do sistema de pagamento dos precatórios introduzido pela Emenda Constitucional 62/09

Em que pese o alinhamento de justificativas, a EC 62/09 possui um sistema de pagamento dos precatórios inusitado, e muito distinto daquele previsto na EC 30/00.

Com efeito, ao invés de um simples parcelamento, como preconizado na EC 30/00, a nova Emenda proclama um sistema dúplice, que confere ao devedor, a seu exclusivo critério, duas formas de “adimplir” com suas obrigações, quais sejam:

- a) pelo depósito em conta especial de um percentual da Receita Corrente Líquida do respectivo ente federativo, fixado no mínimo de 1%, 1,5% ou 2%, em função do tipo de ente federativo (Estado, Município ou Distrito Federal); da relação percentual entre o estoque de precatórios em aberto e a Receita Corrente Líquida deste ente; e da sua localização geográfica; ou
- b) pela adoção do regime especial pelo prazo de até 15 (quinze) anos².

² No regime especial de pagamentos, o ente federativo deposita o valor correspondente à divisão do saldo total dos precatórios devidos (acrescido do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e de juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, diminuído das amortizações) pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento.

De antemão pode-se afirmar que os entes Públicos farão a opção que lhes for menos onerosa. Qualquer cogitação em sentido contrário seria fruto de uma forte dose de irrealidade.

Daí já se tem que o prazo mínimo de pagamentos dos precatórios será de 15 (quinze) anos, podendo ser mais extenso (aliás, bem mais extenso, como se verá adiante), quando se opte pelo sistema previsto no §1º, inciso I e §2º do art. 97 do ADCT.

De fato, não só já se pode presumir que o ente público que adotar o sistema de pagamento conforme percentual da receita corrente líquida o fará porque isso lhe é mais favorável que o pagamento em 15 anos, como também alguns números indicam bem o caos que esse sistema de pagamentos irá projetar.

E mais: se o crédito já tiver sido parcelado, nos termos da EC 30/00, o prazo de recebimento será alongado, no melhor cenário, para 25 (vinte e cinco) anos!!!

Como a princípio o crédito não nasce com a ação judicial, ao revés, é preexistente, sendo por ela apenas reconhecido ou liquidado, tem-se que o prazo de duração do processo deve ser acrescido ao de pagamento dos precatórios para se ter a exata noção de quanto tempo um credor prejudicado pelo Estado (e não pago voluntariamente) leva para ver seu direito satisfeito.

Ressalte-se, neste tópico, a absoluta ausência de razoabilidade da abissal diferença entre os prazos aos quais se sujeita o credor do Estado, que por ele foi lesionado e aguarda a justa indenização, daquele outro credor, que voluntariamente contratou com o mesmo Estado, por exemplo para produzir uma campanha publicitária.

Tal aspecto restará melhor detalhado mais adiante, no presente arrazoado (cf. item 5, *infra*), mas é desde logo eloquente a ausência do *discrimem* razoável a justificar tamanha distinção.

Por fim, não quanto ao prazo, mas quanto à abrangência, releva notar outra diferença substancial entre o sistema da EC 30/00 e o sistema da EC 62/09. Enquanto a primeira criou uma moratória sobre créditos pregressos, fossem estes precatórios pendentes de pagamento ou créditos em discussão judicial, porém, sem exceção, créditos existentes (ainda que não definitivamente confirmados pelo Poder Judiciário), a segunda altera a forma pela qual o Estado passa a se obrigar junto aos particulares, já que potencialmente pode vir a abranger precatórios pendentes de pagamento; créditos decorrentes de ações judiciais em curso; ou mesmo créditos decorrentes de obrigações que sequer existem no momento, mas cujo descumprimento poderá vir a ensejar no futuro uma lide e um precatório correspondente.

3) Da iminente extinção do Estado de Direito e da Separação dos Poderes

O Estado de Direito surge como evolução do Estado Absolutista, e com a finalidade de subordinar também o Estado ao Direito, em especial por meio de uma Constituição escrita, daí porque também chamado de Estado Constitucional. Segundo Jorge Miranda, “*Ponto culminante da viragem é a Revolução Francesa (1789-1799), mas não pouca importância assumem nessa mudança a Inglaterra (onde a evolução desencadeia um século antes e onde se inicia a Revolução Industrial, e os Estados Unidos (com a primeira ou, olhando às colônias de que se formou, como as primeiras Constituições escritas em sentido moderno)*”³.

³ Manual de Direito Constitucional, Tomo I, pág.83, 6ª Ed., Coimbra Editora.

De forma bastante didática, Sundfeld⁴ enuncia “*as pedras de toque desse novo modo de conceber as relações entre os indivíduos e o Estado – cuja falta faria desmoronar todo o edifício – são, portanto:*

- a) A supremacia da Constituição;*
- b) A separação dos Poderes;*
- c) A superioridade da lei;*
- d) A garantia dos direitos individuais.”*

A Constituição escrita surge no Estado de Direito como forma de codificar não só o funcionamento, mas, sobretudo, as limitações do Poder do Estado, e garantir os direitos individuais, colocando o ente político ao jugo da Lei.

Embora seja certo que com a passagem para o Estado Social Democrático de Direito as funções da Constituição se ampliaram, assim como ampliaram-se o leque de direitos constitucionalmente tutelados, a função de limitação de poder do Estado ainda se mantém como a primordial finalidade de uma Constituição escrita, *verbis*:

“Pode-se registrar, inicialmente, que, no século XVIII, a Constituição era concebida para uma ‘função de garantia’. O papel que se esperava cumprisse era de garantir os direitos do homem – a liberdade e suas projeções – contra o arbítrio e a opressão do Poder político.

“Não é sem razão que a primeira encarnação histórica de Constituição reflete essencialmente essa concepção, ou modelo, que adequadamente se designa como ‘Constituição-garantia’.

Tal função, é, sem dúvida, a mais importante ainda hoje⁵”

⁴ Fundamentos de Direito Público, Malheiros, 1992, pg.39.

⁵ Ferreira Filho, Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo, Saraiva, 2003, p.64.

A Emenda Constitucional 62/09 violou, a um só tempo, todos os cânones que formam o Estado de Direito.

Isto porque, a Emenda Constitucional 62/09 anula o princípio da responsabilidade estatal, ao isentá-lo (ainda que pelo esvaziamento do conteúdo econômico da reparação) da obrigação de indenizar ou reparar os danos a que der causa ou de honrar as obrigações e compromissos que venha a assumir. E, ao assim proceder, olvidou da supremacia da Constituição (e do seu núcleo intangível), tornou o sistema da separação de Poderes um factóide formal, declinou do império da lei e violou em sua essência os Direitos e Garantias individuais.

Com todo o respeito, essa assertiva não é uma postulação radical ou exponenciada de uma conjectura possível, mas sim a constatação de um fato.

No sistema encetado, o administrado levará de 15 anos a um prazo ainda maior e indefinido (o que é mais provável) para receber seus créditos, senão vejamos:

Apenas em nível teórico, os prognósticos já são estarrecedores. O art. 97 do ADCT estabeleceu percentuais variáveis entre 1%, 1,5% e 2% da Receita Corrente Líquida para amortização dos precatórios, em função de três fatores: (i) localização do ente político; (ii) tratar-se de um ente federativo estadual ou municipal; e (iii) ser o estoque de precatórios superior ou não a 35% da Receita Corrente Líquida.

Imaginando a situação de um ente político que tenha um estoque de precatórios de 35% da Receita Corrente Líquida⁶, os prazos de amortização do estoque seriam de:

⁶ O percentual da receita comprometida utilizado no exemplo não foi aleatório, mas sim, porque o próprio legislador constitucional o utilizou como divisor de águas para definição do percentual da Receita Corrente Líquida vinculado ao pagamento de precatórios.

Alíquota Aplicável	Prazo de Amortização
2%	17 anos e 6 meses
1,5%	23 anos e 4 meses
1%	35 anos

No Município de São Paulo, que tem um estoque de precatórios da ordem de 56% da Receita Corrente Líquida (isto é, bem maior que os 35% projetados na Tabela acima), embora o percentual de amortização seja de 1,5% o prazo de amortização sobe para 37 anos e 4 meses.

Observe-se que tanto os dados da Tabela supra, quanto o prazo de amortização apresentado para o Município de São Paulo, frente ao cenário real, e por mais absurdo que isso possa parecer, seriam reputados como reconfortantes ao cidadão! **Isto porque, nos referidos cálculos partiu-se da utópica premissa de que inexisteriam quaisquer ingressos de precatórios durante o prazo de amortização.**

Portanto, a situação real é muitas vezes pior.

Veja-se, a esse respeito, uma previsão para o Estado de São Paulo:

Ente Federativo	São Paulo
Receita Corrente Líquida – RCL 2009	R\$86.618.566.958,70
Estoque de Precatórios em 2009	R\$ 19.198.830.440,48
Precatórios constituídos em 2009	R\$ 1.641.934.000,00
Estoque de Precatórios dividido pela RCL	22%
Percentual da RCL aplicável	2%
Percentual da RCL em R\$	R\$1.732.371.339,17
Prazo de Amortização ⁷	212 anos

⁷ Esclareça-se que o Prazo de Amortização foi calculado projetando-se ao longo dos anos a mesma Receita Corrente Líquida e o mesmo volume de precatórios egressos anualmente, utilizando-se para cálculo dos primeiros números os dados apresentados à Secretaria do Tesouro Nacional e para cálculo do último Relatório apresentado pela PGE intitulado Quadro Resumo do Estoque de Precatórios em 31.12.09. Por outro lado, considerou-se que não haveria serviço da dívida incidente sobre estes precatórios (que são corrigidos da mesma forma que a Caderneta de Poupança), bem como ignorou-se os pagamentos acelerados (Requisições de Pequeno Valor, Créditos Alimentares, Preferência a Idosos na data da EC 62/09 e Leilão Reverso). Se estes itens fossem considerados, o prazo de pagamento de um credor normal seria substancialmente majorado.

Esses dados ignoram o tempo de tramitação dos processos judiciais. É óbvio que a questão da mora no julgamento dos processos não tem correlação direta com o prazo de pagamento dos precatórios (indiretamente sim, pois o Estado, segundo as Estatísticas do CNJ, é o maior responsável pelas ações em curso)⁸. Porém, esse longo tempo de trâmite dos processos judiciais não pode ser simplesmente ignorado quando se cria um sistema de pagamento dos débitos judiciais e, muito menos, quando se tem em vista a perspectiva do administrado em ver seu direito efetivamente reparado.

De qualquer modo, o mero fato de não se ter definido o horizonte de recebimento dos créditos fulmina de morte a segurança jurídica, o devido processo legal e o direito de propriedade, bem como a eficácia da decisão judicial condenatória (coisa julgada, inclusive), que passa a impor uma condenação ao Estado para pagar algo sem prazo certo ou mesmo sem prazo limite.

De Município para Município, de Estado para Estado, conforme venham a se avolumar os estoques de precatório, esses prazos serão elevados em progressão aritmética, a ponto do ressarcimento devido ao cidadão ocorrer apenas para gerações futuras, quiçá!

De fato, sempre que a quantidade de novos precatórios superar o volume de recursos vinculados ao seu pagamento (percentual aplicável x RCL) o estoque de precatórios passará a crescer ao invés de diminuir. Assim sendo, a responsabilidade do Estado restará limitada a um percentual (diga-se de passagem, exíguo) das suas receitas correntes líquidas. Idêntico efeito ocorrerá toda vez que a curva de pagamentos tornar-se excessivamente longa.

⁸ Conforme Relatório denominado “Justiça em Números 2008”, editado pelo Conselho Nacional de Justiça, a União Federal responde, apenas no polo passivo, por 63% das demandas em curso na Justiça Federal. Não tivemos acesso a tais estatísticas quanto aos Estados e Municípios na Justiça Estadual. Mas, de qualquer modo, já se pode ter uma ideia da magnitude do abarrotamento dos Tribunais causados pelo próprio Poder Público.

A ausência de responsabilidade pelos atos praticados será a sensação inculcada em qualquer governante de plantão. E não estará, de forma alguma, equivocada ao sentir-se dessa maneira, porquanto o volume de recursos destinados ao pagamento do estoque de precatórios será constante, pouco importando as obrigações descumpridas ou ilícitos perpetrados pelo ente político.

Ou seja, o estoque de precatórios pode aumentar, duplicar, decuplicar, mas o percentual da receita líquida vinculada a seu pagamento (e, por conseguinte, o volume de recursos afetados a essa finalidade) continuará o mesmo.

Ressalvado o princípio da moralidade pública, que certamente não inspirou essa Emenda Constitucional e cuja aplicação resultaria na declaração de sua inconstitucionalidade, não se verá em qualquer governante esforço para redução do estoque de precatórios, além da alocação do percentual da receita líquida vinculada a que está obrigado.

A situação é gravíssima e coloca em xeque princípios fundamentais como o direito de propriedade; o devido processo legal; segurança jurídica, entre inúmeros outros.

Passa-se a enfrentar a irresponsabilidade civil do Estado em sua mais escancarada essência. Trata-se da “legalização” da irresponsabilidade estatal, o que fulmina o Estado de Direito, em quase todas as suas vertentes, já que a Constituição enquanto encarnação da limitação do Poder do Estado perde valor (princípio da Supremacia da Constituição); a Separação dos Poderes torna-se inexistente, já que as decisões judiciais tornam-se, na prática, ineficazes; as garantias individuais passam a ter cunho meramente formal, pois não mais possuem meios de reparação satisfatória quando violadas; e o Executivo passa a agir livremente, sem consequências, em desrespeito ao império da lei.

Conforme anota Celso Antônio Bandeira de Mello, “a ideia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção do Estado de Direito”⁹.

Não é preciso muita reflexão para se concluir que o Administrado estará sujeito a toda sorte de intempéries, que podem ter origem não só em atos promovidos pelas Pessoas Políticas, mas também por fundações públicas, autarquias e algumas empresas públicas.

Isso é particularmente grave, pois “os administrados não têm como se evadir ou sequer minimizar os perigos de dano provenientes da ação do Estado, ao contrário do que se sucede nas relações privadas. Deveras: é o próprio Poder Público quem dita os termos de sua presença no seio da coletividade e é ele quem estabelece o teor e a intensidade de seu relacionamento com os membros do corpo social”¹¹.

Afora toda gama de atos ilícitos do Estado, algo que, convenhamos, não pode ser reputado como uma *avis rara*, tem-se que múltiplas condutas lícitas resultam em obrigações de recompor o patrimônio e/ou pagar o Administrado, que, se não perfiladas, culminarão numa ação judicial, de efeito quase simbólico após o advento da EC 62/09.

Os exemplos de relações com o Poder Público e que culminam numa pretensão condenatória do administrado são infinitos. Seguem desde a repetição de um indébito fiscal, ao recebimento de uma prestação contratual não paga, à indenização de uma desapropriação subdimensionada, à reparação de um abaloamento com um veículo de agente público, e assim por diante¹².

⁹ Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 14ª Ed., pag. 841.

¹⁰ Não se olvida que o processo de reconhecimento da responsabilidade civil do Estado foi gradativamente construído, mas é inegável que este sempre esteve na gênese do Estado de Direito, de forma mais ou menos latente.

¹¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., p.839.

¹² Não ingressamos aqui, pela indiferença das hipóteses para os fins em discussão, nas distinções entre reparação e indenização, nem tampouco separamos os conceitos de responsabilidade e sacrifício.

A partir de um dado endividamento, para o ente estatal criar um parque por desapropriação indireta (e sem qualquer contrapartida financeira ao administrado que teve todo o conteúdo econômico de sua propriedade esvaziado) tornar-se-á um ato sem consequências palpáveis. Essa mesma situação repetir-se-á numa intervenção abusiva na economia, no exercício irrestrito do poder de polícia, numa requisição (lícita) de bem particular que não seja corretamente remunerada, e em qualquer outro caso cuja reparação deva ocorrer em pecúnia.

Diferentemente de qualquer sistema anteriormente criado, a EC 62/09 retira do Poder Judiciário a qualidade de um *locus* minimamente satisfatório para resolver ilegalidades perpetradas pelo Poder Executivo e fazer valer os direitos do cidadão (esvazia, em uma de suas vertentes primordiais, o princípio da Separação de Poderes).

Não basta assegurar às decisões judiciais finais a aptidão de produzirem seus efeitos, inclusive contra o Estado (plano da eficácia). Há que se impedir que decisões políticas, ainda que provenientes do Poder Legislativo, impeçam (ou delonguem por período desarrazoado, quanto mais indefinido e desconhecido) a efetivação daquilo quanto determinado na decisão judicial irrecorrível.

Diante do exposto, conclui-se que a EC 62/09 viola, a um só tempo, diversas cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988.

Como visto, faz tabula rasa do princípio da Separação dos Poderes (art.60, §4º, inciso III, da CF) ao criar um provimento judicial contra o Estado despido de efeitos concretos.

Suprime o conteúdo mínimo de direitos e garantias constitucionais, como, por exemplo, o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV), o direito de propriedade (art. 5º, *caput* e inciso XXII), o direito à justa indenização (art. 5º, inciso V), o direito à razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII), a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §6º), o direito adquirido e a coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI).

E nem poderia ser diferente, pois quando se atinge a Constituição, em sua essência, múltiplos princípios e seus inúmeros desdobramentos restam igualmente fulminados, razão pela qual se espera ver declarada a inconstitucionalidade da Emenda 62/09, em especial da nova redação conferida ao art.100, §15º e ao art.97 da ADCT.

4) Outras situações específicas abarcadas pela EC 62/09, que corroboram sua inconstitucionalidade

Dentre as situações abrangidas pela moratória introduzida pela EC 62/09 estão compreendidos os precatórios pendentes de pagamento, os precatórios já anteriormente parcelados e as obrigações futuras, sequer constituídas.

Ao se alterar o sistema em relação a precatórios já constituídos, afeta-se, na verdade, a coisa julgada e o direito adquirido, porquanto a forma e em especial o prazo e a taxa de juros previstos para cumprimento da decisão judicial transitada em julgado integra a esfera patrimonial do autor da ação, e, portanto, não pode ser alterada, ainda que por Emenda à Constituição, sob pena de violação a cláusula pétrea nela estabelecida.

Mais grave ainda se torna esta situação, quando essa Emenda Constitucional vem com a finalidade de modificar parcelamentos realizados por normas constitucionais anteriores, reparcelando débitos já parcelados em 8 ou 10 anos, para que estas obrigações sejam liquidadas em 25 anos ou até mais, da data em que o precatório originariamente se formou.

De se notar que o Poder Constituinte Derivado tem sua atuação limitada e condicionada, não podendo alterar o núcleo intangível da Constituição, como essa Emenda Constitucional está a fazer¹³.

Nesse tocante, urge notar que a própria forma de responsabilização e pagamento das obrigações do Estado frente ao administrador restaram alteradas, em caráter definitivo.

Com efeito, não se contentou o Constituinte Derivado em prever uma moratória para créditos já existentes, decorrentes de ações judiciais em curso, indo além, e prevendo que qualquer nova obrigação, que resulte numa demanda judicial e, ao final, num precatório, estará sujeita a este sistema vetusto de pagamento.

Desse modo, a responsabilidade civil do Estado, diferentemente das situações pregressas, não foi “relativizada” em caráter temporário, para fazer frente a uma situação (justificada ou não) de inadimplemento contumaz do Poder Público. Tal responsabilidade foi alterada em sua essência, para açambarcar qualquer obrigação, ainda que futura (e para os entes políticos que optarem pelo pagamento vinculado à Receita Corrente Líquida, sem incidência de limite temporal), o que não se compadece com um sistema temporário e que, supostamente, se prestaria apenas a resolver uma dificuldade transitória (que, aliás, também não se justifica).

¹³ Descabe aqui ingressar se tais cláusulas pétreas poderiam ser alteradas por meio de uma dupla revisão ou se isso seria fraude à Constituição, posto que não foi isso que se sucedeu.

No mais, fere a segurança jurídica quando em qualquer relação com o Poder Público, sejam contratuais ou extracontratuais, não se pode saber, de antemão, qual seria o prazo de recebimento, após o trânsito em julgado de eventual ação que tenha que ser manejada.

De resto, afigura-se como ato de flagrante imoralidade o leilão reverso previsto no art.97 do ADCT. Após o trânsito em julgado da ação, cabe ao Estado pagar a obrigação. Não pode ele, valendo-se de sua própria torpeza, criar um ambiente de mora e instabilidade, para renegociar algo que já foi definitivamente decidido pelo Poder Judiciário. Um sistema que faz o Administrado percorrer anos de embate judicial, tendo sua pretensão injustamente resistida pelo Poder Público, para, lá na frente, ter como únicas opções ver (ou imaginar) seus netos receberem o quanto lhe cabe, ou conceder um desconto para o Estado inadimplente, é irrazoável e imoral.

A Emenda Constitucional 62/09 é inconstitucional, não só pelos seus termos e finalidades, mas, sobretudo, pela insegurança jurídica que causa e por alçar o cidadão numa seara de completa sujeição ao arbítrio estatal, retirando-lhe o recurso ao Poder Judiciário como meio eficaz e eficiente de resolver eventual conflito ou de reparar a violação a direito.

5) Da Não Aplicação do Princípio da Reserva do Possível

Tem-se sustentado que o fundamento de validade da Emenda Constitucional 62/09 seria o princípio da Reserva do Possível. Segundo essa linha de raciocínio, ante a situação de insolvência do Poder Público, e frente às suas constantes necessidades de investimento e custeio, não seria lícito exigir que o Estado destinasse recursos ao pagamento de precatórios, em volumes expressivos, em detrimento de funções públicas relevantes.

Valer-se dessa linha exegética seria incidir num duplo equívoco, haja vista que tanto no plano abstrato quanto no plano concreto sua utilização estaria despida de fundamento.

A invocação da reserva do possível em termos financeiros só seria cogitável frente a direitos de segunda ou terceira geração, jamais em relação às liberdades públicas em sentido estrito.

Ao se prever prestações positivas em face do Estado (direitos de segunda geração) é possível imaginar que sua materialização esteja condicionada a recursos financeiros, e, ainda assim, no plano jurídico, o reconhecimento de justificada omissão estatal há de ser visto com muita cautela.

A regra matriz dos direitos e garantias individuais de primeira geração é distinta. Como assevera Duguit, *“Em termos técnico-jurídicos essas liberdades são direitos subjetivos. São poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos”*.

Não pode o Estado sob pretexto da ausência de recursos e da premente necessidade de um dado bem particular, desapropriá-lo, sem que seja paga justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, inciso XXIV). Por igual razão, também não caberia evitar o pagamento de um precatório que disputa a diferença de indenização não paga quando do ato expropriatório.

A responsabilidade do Estado é corolário da sua submissão ao Direito, originado para assegurar os direitos e garantias individuais. Sem que haja consequências para o Estado e nem possibilidade de reparação para o indivíduo violado em seu direito essencial, a atuação estatal será imune e fora do jugo do direito.

No mais, a ponderação entre princípios constitucionais – acaso aplicável na hipótese, o que não nos afigura correto – jamais poderia anular ou esvaziar o conteúdo mínimo de outros princípios constitucionais de igual hierarquia. No caso vertente, não apenas um, mas diversos princípios da Carta de 1988, como sobejamente já demonstrado, restaram usurpados pela Emenda Constitucional 62/09.

No plano concreto a invocação da reserva do possível se mostra uma falácia insuperável. A finalidade da Emenda Constitucional 62/09 não é reestabelecer um suposto estado de normalidade, mas sim “legalizar” o contumaz estado de inadimplemento.

O percentual efetivamente destinado ao pagamento dos precatórios é absolutamente insuficiente para solver as obrigações em aberto num prazo minimamente razoável. Porém, as estimativas de pagamento são estarrecedoras como demonstrado no capítulo anterior.

Além do que, esta Emenda Constitucional pretendeu, diferentemente da anterior, perenizar a situação de não pagamento. Em que pese ter vindo no ADCT, o mecanismo proposto nada tem de temporal, ao revés, tende a alongar-se indefinidamente. É um “Refis” eterno, pelo qual os credores do Estado jamais receberão seus créditos, em que pese a roupagem jurídica de que se revestiu essa medida.

Qualquer medida que deixe o prazo de pagamento a mercê de circunstâncias eventuais (Receita Corrente Líquida, Estoque futuro de precatórios, etc) é inconstitucional, por si só, e independentemente do percentual destinado, já que viola a segurança jurídica, a coisa julgada e o devido processo legal, em sua versão substantiva.

De qualquer modo, o percentual destinado ao pagamento de precatórios, por si só, evidencia que não se está a falar na realização do “possível”, mas sim do “confortável”.

Veja que no Estado de São Paulo foi despendido no ano passado com o pagamento dos precatórios 50% mais do que o previsto pela Emenda Constitucional em questão.

A conduta razoavelmente esperada do Poder Público está anos luz de distância do 1% a 2% da Receita Corrente Líquida, a qual cria prazos de amortização do estoque que chegam a mais de 200 anos.

Antes de qualquer coisa, o Estado deveria “cortar na carne” seus gastos públicos, à semelhança do que impôs, com sanções reais e com amplo sucesso, a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Não é razoável destinar recursos para fomento, expansão, subsídio fiscal, propaganda, eventos recreativos, investimento em novas obras à custa do sacrifício de alguns¹⁴.

É absolutamente irrazoável dispensar tratamentos tão díspares aos credores do Estado, restando evidente a subsunção da hipótese àquela aventada por Canotilho, para quem “... existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.”¹⁵ Evidente e didática, vez que a diversidade de tratamento imposta pela EC 62/09 incide, integralmente, em todas as três hipóteses aventadas pelo Mestre português.

¹⁴ Os 2%, pelo menos em relação ao Estado de São Paulo, seriam seu “saldo livre”, após todas as verbas com destinação constitucionalmente vinculada e também das verbas alocados para pagamento de pessoal, investimento e custeio (na prática, tudo que a Lei Orçamentária resolveu aprovar).

¹⁵ J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª Ed. (reimpressão), Almedina, Coimbra, Portugal, fl. 428.

Como corolário do princípio da igualdade, não pode o Estado avançar sobre o patrimônio de alguns para exercer atividades no interesse de todos. Não é dado, sequer sob à guisa de realização de interesses coletivos, suprimir-se os direitos individuais constitucionalmente assegurados.

O que bem se nota, e que também corrobora a inaplicabilidade do princípio da reserva do possível, é que o Estado pretende alavancar-se no não pagamento dos créditos individuais e judicialmente reconhecidos para exercer suas atividades, políticas públicas e planos de governo, sem qualquer alteração nos mesmos, sem qualquer consideração aos credores prejudicados.

Vê-se, nesse sentido, o §12º do art.100 da CF, introduzido pela EC 62/09, refletido também no art.97 do ADCT. Com efeito, a partir do advento da citada Emenda Constitucional pretende-se que os precatórios sejam corrigidos de forma semelhante à caderneta de poupança.

Ora, é fato notório que a taxa média de captação do mercado supera a remuneração da caderneta de poupança. Tanto assim que, legislando em causa própria, a União tratou de indexar seus créditos tributários à SELIC, no que foi prontamente acompanhada por Estados e demais entes federativos.

Deste modo, o credor resta prejudicado tanto pelo prazo, quanto pela perda financeira, já que seu crédito fica por inúmeros anos pendente de pagamento e sendo remunerado de forma incompatível com o que se pratica no mercado¹⁶.

¹⁶ Se a indenização da mora é corresponde aos juros, devem estes ser fixados em percentual real, que reflita a perda financeira auferida, e não por um critério sabidamente insuficiente. De clareza meridiana a esse respeito o art. 404 e parágrafo único do Código Civil, *verbis*: “*As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional. Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.*”

Destarte, o art.97 do ADCT afigura-se inconstitucional por qualquer ângulo em que seja examinado.

6) Da inconstitucionalidade ou da necessidade de interpretação conforme à Constituição em relação ao §9º do art. 100.

Dentre as invocações introduzidas pela EC 62/09, encontra-se a possibilidade do Poder Público compensar seus eventuais créditos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa, constituídas em relação ao credor original da Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

Referido artigo incide em três sortes de vícios distintos, que precisam ser expurgados.

Em primeiro lugar, ao se prever a possibilidade de compensação dos créditos havidos contra o credor original, sem qualquer qualificação ou ressalva, deixa-se em aberto a possibilidade de se compensar o débito do precatório judicial com os honorários advocatícios, tanto sucumbenciais, quanto contratuais. Em ambos os casos isso não se justifica, porquanto o crédito exsurge em benefício do advogado, tanto numa hipótese, quanto na outra, como se constata dos artigos 22, §4º e 23 do Estatuto da OAB.

Em segundo lugar, os créditos decorrentes de precatórios são passíveis de serem cedidos, praxe esta, aliás, bastante usual. De fato, a cessão tornou-se, ante o contumaz inadimplemento, um recurso adicional aos credores com necessidades prementes de monetizarem o crédito vencido e não pago, ainda que com deságios substanciais. Essa possibilidade foi, com o advento da EC 62/09, expressamente contemplada no §13º do art.100 da Constituição. Contudo, caso a possibilidade de compensação possa surgir em relação a créditos já cedidos, o permissivo constitucional relativo à cessão restará completamente esvaziado, em prejuízo a toda gama de credores, que necessitem antecipar legitimamente seus recursos, até mesmo como fonte de subsistência.

Daí se vê, que é preciso seja interpretado conforme a Constituição o aludido §9º, para que essas possibilidades hermenêuticas sejam extirpadas.

Em terceiro lugar, não se pode autorizar que créditos inexigíveis, inclusive com a exigibilidade suspensa, sejam compensados com saldos de precatórios a pagar. Neste sentido, a permissão constitucional para que as parcelas vincendas sejam alvo de compensação viola o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, criando um ônus ainda maior para o credor que já foi prejudicado.

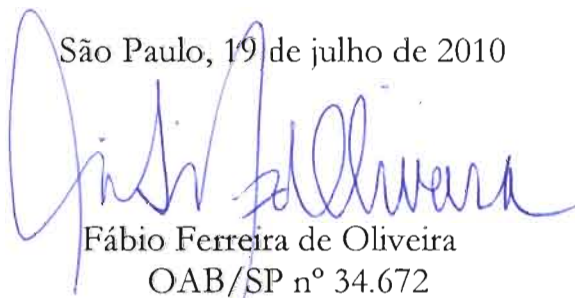
Postas essas considerações, espera a Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, que a presente ação direta de inconstitucionalidade seja integralmente

provida, em especial para os fins mencionados nesta manifestação.

Termos em que,


P. deferimento.

São Paulo, 19 de julho de 2010



Fábio Ferreira de Oliveira
OAB/SP nº 34.672
Presidente

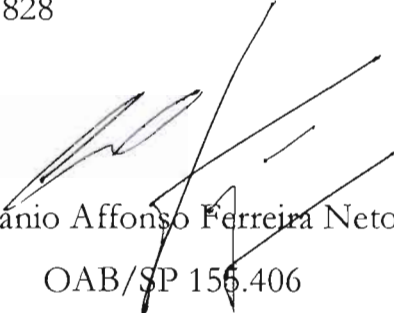
Associação dos Advogados de São Paulo



Roberto Timoner
OAB/SP nº 156.828



Luís Carlos Moro
OAB/SP 109.315



Afrânio Affonso Ferreira Neto
OAB/SP 156.406

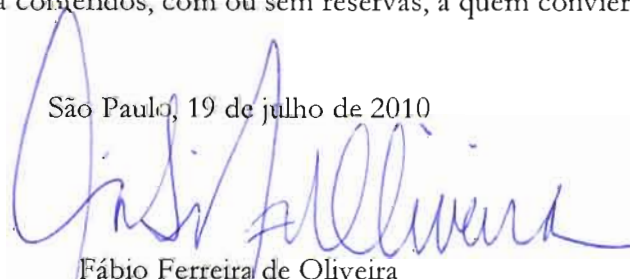
PROCURAÇÃO *AD JUDICIA*

Outorgante: Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), associação sem fins lucrativos, com sede na Rua Álvares Penteado, nº 151, São Paulo, CEP 01012-905, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 062.500.855/0001-39, neste ato representado por seu representante legal, Sr. Presidente Dr. Fábio Ferreira de Oliveira, brasileiro, divorciado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil - Secção de São Paulo - sob o nº 34.672, com escritório na Avenida Nove de Julho nº 4877 - 10º andar - conj. 101 B, São Paulo, SP.

Outorgados: Afranio Affonso Ferreira Neto, Luís Carlos Moro e Roberto Timoner, brasileiros, casados, inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil - Secção de São Paulo - sob os nºs 155.406, 109.315 e 156.828, respectivamente, com escritório à Rua Hungria nº 888 - 5º andar, Av. Paulista nº 2001 - 1º andar - cjs. 101/112 e na Avenida Nove de Julho nº 4865 - 8º andar, São Paulo, SP.

Poderes: Aqueles constantes da cláusula *ad judicium*, para o foro em geral, em especial para confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar, receber e dar quitação e firmar compromisso, podendo referidos procuradores praticarem todos os atos necessários ao fiel cumprimento do presente mandato, representar a outorgante em qualquer Juízo, Instância ou Tribunal, aprovar ou impugnar avaliações, cálculos, contas, laudos, perícias, vistorias, conferidos ainda os poderes especiais de receber, passar recibos e dar quitações, desistir, transigir, notificar, fazer acordos amigáveis ou judiciais, firmar compromissos, renunciar, podendo ainda substabelecer os poderes ora conferidos, com ou sem reservas, a quem convier.

São Paulo, 19 de julho de 2010



Fábio Ferreira de Oliveira
Presidente

Associação dos Advogados de São Paulo