

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, eminentes pares, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados, a controvérsia posta em debate cinge-se à constitucionalidade das Emendas Constitucionais 113/2021 e 114/2021, bem como do artigo 107, *caput* e I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela Emenda Constitucional 95/2016.

Como parâmetro de controle, foram indicados os artigos 1º, 2º, 5º, *caput*, XXII, XXXVI, LIV e LXXVIII, 37, *caput*; 55, III, 60, I e § 2º, da Constituição Federal.

Trata-se de saber se são válidas normas relativas aos regimes fiscal e de pagamento de precatórios.

Ab initio, **converto o julgamento da medida cautelar em julgamento de mérito**. Considerando que o feito se encontra devidamente instruído, acompanhado das manifestações da Presidência da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, torna-se possível o julgamento do cerne da demanda. No sentido da possibilidade de conversão do julgamento da medida cautelar em julgamento definitivo confira-se: ADI 4163, Rel. Min. César Peluso, Tribunal Pleno, DJe 1º/03/2013; ADI 6497 MC, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/2021, DJe 1º/02/2022; ADI 6080, Rel. Min. André Mendonça, Tribunal Pleno, julgado em 05/12/2022, DJe 10/01/2023; ADI 6928, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2021, DJe 1º/12/2021.

PRELIMINAR:

LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM

O artigo 103 da Constituição de 1988 ampliou consideravelmente a legitimidade ativa para provocar o controle normativo abstrato, antes restrito ao Procurador-Geral da República. Pretendeu, assim, reforçar a jurisdição constitucional através da democratização das suas vias de

acesso.

A Constituição Federal privilegiou o Conselho Federal da OAB como legitimado especial à propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, diferenciando esse ente das confederações sindicais e das entidades de classe (artigo 103, VII). Essa escolha se justifica pelo papel essencial atribuído à OAB para a consolidação do regime democrático e proteção dos direitos fundamentais. Portanto, desnecessária a avaliação de pertinência temática na hipótese.

Quanto às demais entidades de classe, ante a ausência de disciplina constitucional, coube ao Supremo Tribunal Federal, por meio de construção jurisprudencial, estabelecer algumas balizas interpretativas a respeito de sua atuação no processo objetivo de controle de constitucionalidade. Assim, construíram-se as seguintes condicionantes procedimentais:

a) a homogeneidade (dimensão positiva) ou, ao revés, a ausência de hibridismo (dimensão negativa) entre os membros integrantes da entidade, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas (ADI 108-QI, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 5/6/1992; ADI 146, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 19/12/2002);

b) o atendimento ao requisito subjetivo de legitimação em sede de tutela coletiva (representatividade da “categoria” em sua totalidade) e ao requisito objetivo de “legitimação nacional” (comprovação do “caráter nacional” pela presença efetiva de associados – pessoas físicas e/ou jurídicas – em, pelo menos, nove Estados da Federação, em aplicação analógica do artigo 7º, § 1º, da Lei 9.096/1995). Vide: ADI 386, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 28/6/1991; e ADI 1486-MC, Plenário, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 13/12/1996;

c) pertinência temática entre os objetivos institucionais/estatutários da entidade postulante e a norma específica objeto de impugnação (ADI 1873, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 19/9/2003).

Em conjunto, tais requisitos permitem a avaliação, caso a caso, da legitimidade ativa para a propositura das ações de controle concentrado. É dizer, na hipótese do inciso IX do artigo 103 da Constituição Federal, a

apreciação da legitimação ativa não se verifica de maneira apriorística.

In casu, é incontroverso que a Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB preenche os requisitos para ser considerada entidade de classe de âmbito nacional, conforme jurisprudência assente da Corte. Demais disso, considero haver pertinência temática entre o interesse a ser institucionalmente tutelado pela referida associação (defesa dos direitos e prerrogativas dos magistrados brasileiros) e os dispositivos normativos ora impugnados, que disciplinam matéria afeta à atividade jurisdicional.

Dessa forma, impõe-se o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade.

MÉRITO

CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 113/2021 E 114/2021 - OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO CONSTITUCIONAL

Os Requerentes sustentam a inconstitucionalidade formal das Emendas Constitucionais 113/2021 e 114/2021 pelas seguintes razões:

“No que se refere às Emendas Constitucionais nº 113/2021 e nº 114/2021, tem-se que, admitida pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados - CCJC CD, a PEC 23/2021 chegou na Comissão Especial da Câmara dos Deputados - CESP CD. Na CESP CD, a proposta não recebeu sugestões de emendas que preenchessem a exigência de quórum qualificado, tendo aprovado a PEC 23/2021 nos termos do substitutivo do relator em 21 de outubro de 2021. Encaminhada para a votação em Plenário, foi então publicado o Ato da Mesa nº 212 com o único objetivo de alterar o Ato da Mesa nº 123/2020, de modo a permitir que parlamentares licenciados para o desempenho de missão autorizada pela Câmara – como aqueles que se encontravam na 26ª Conferência das Partes das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas de 2021 (COP 26) – participassem da votação e compusessem o quórum exigido pelo art. 60, § 2º, da Constituição Federal, manobra que burla o devido processo legislativo e demonstra o açodamento com que a questão foi tratada.

Ainda por ocasião do encaminhamento da votação da PEC

23/2021 pelo Plenário da Câmara dos Deputados, fase em que não se admite a apresentação de emendas, foi votada e aprovada Emenda Aglutinativa Substitutiva 'EMA 1', que aglutinou o substitutivo do relator com emenda inexistente em 03 de novembro de 2021; ato contínuo foi apresentada nova Emenda de Redação. Tudo em desconformidade com o regular processo legislativo e particularmente o Regimento Interno da Casa.

Encerrada a tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, a parte da PEC 23/2021 entendida como de 'comum acordo' pelo Congresso Nacional foi promulgada sob a denominação de Emenda Constitucional nº 113, de 08 de dezembro de 2021, enquanto a parte cujas alterações promovidas na Casa Revisora foram entendidas como substanciais retornou à Câmara dos Deputados para seguir a tramitação sob a denominação de PEC 46/2021. A PEC 46/2021 foi, então, apensada à PEC 176/2021, que já havia tramitado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e Comissões Especiais, a fim de permitir sua imediata apreciação pelo Plenário; sendo, ao final, promulgada sob a nomenclatura da Emenda Constitucional nº 114, de 16 de dezembro de 2021. Ocorre que este 'fatiamento' acordado pelo Congresso Nacional para viabilizar espaço orçamentário imediato executável pelo Auxílio Brasil eiva ambas as normas com vício de forma ao desconsiderar ser incidível a ratio da PEC n. 23/2021.

(...)

No que tange à inconstitucionalidade formal, viola-se o devido processo legislativo nos termos dos artigos 5º, inciso LIV, 55, inciso III, e 60, § 2º, da CF."

O artigo 60, § 2º, da Constituição Federal dispõe que 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.

Por sua vez, o artigo 55, III, da Constituição Federal dispõe que perderá o mandato o Deputado ou Senador que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada, nada dizendo, contudo, sobre a possibilidade de participação remota dos parlamentares nas sessões legislativas.

Assim, observa-se que não encontram disciplina na Constituição

Federal questões relativas à votação remota de parlamentares; momento da apresentação de emendas ao projeto; cisão e aglutinação de projetos; e tramitação do projeto por comissões temáticas antes da apreciação pelo Plenário de cada Casa do Congresso Nacional.

Saliente-se que as normas regimentais das Casas do Congresso Nacional não constituem parâmetro de validade nas ações de controle abstrato de constitucionalidade.

Demais disso, trata-se de matéria interna corporis do Congresso Nacional que, como tal, não se submete ao exame judicial, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Nesse sentido: ADPF 832, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 5/5/2023; ADI 5693, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 19/5/2022; ADI 6696, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 13/12/2021; ADI 2038, Plenário, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 25/2/2000; e ADI 6986, Plenário, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 19/5/2022, essa última assim ementada:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL. PROCESSO LEGISLATIVO. REQUERIMENTO DE URGÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA O RECONHECIMENTO DA URGÊNCIA. MATÉRIA INTERNA CORPORIS. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. A previsão regimental de um regime de urgência que reduza as formalidades processuais em casos específicos, reconhecidos pela maioria legislativa, não ofende o devido processo legislativo. 2. A adoção do rito de urgência em proposições legislativas é matéria genuinamente interna corporis, não cabendo ao STF adentrar tal seara. Precedente. 3. Quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais pertinentes ao processo legislativo, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais das Casas Legislativas. Precedente. 4. Ação direta julgada improcedente.”

Destarte, forçoso concluir pela constitucionalidade formal das Emendas Constitucionais 113/2021 e 114/2021, em razão da ausência de

ofensa ao devido processo legislativo constitucional.

(IN)CONSTITUCIONALIDADES MATERIAIS

A) O MODELO DE PAGAMENTO DAS DÍVIDAS ESTATAIS POR MEIO DE PRECATÓRIOS.

Ab initio convém tecer breves considerações a respeito do sistema de pagamento por meio de precatórios estabelecido atualmente no art. 100 da Constituição Federal de 1988.

O instituto remonta à consolidação do ordenamento jurídico brasileiro em tempos em que a proclamação da independência ocasionou a adoção de normas jurídicas da Coroa portuguesa no sistema ainda em formação. *“Dessa forma, (...) o ordenamento brasileiro permaneceu regido pelas leis portuguesas, essencialmente as Ordenações Filipinas. E, sob a égide de tais ordenações, a execução em face da Fazenda Pública se fazia da mesma forma como que a perante o particular, inclusive com a penhora, uma vez que não havia privilégio a proteger os bens do Estado. Existia apenas rol determinado de bens que se consideravam impenhoráveis, estabelecido em lei de 27 de julho de 1582 e ampliado por diplomas subsequentes, abarcando, por exemplo, os cavalos, as armas, os livros, os vestidos de seus corpos e as camas dos fidalgos, dos cavaleiros e dos desembargadores.”*

Posteriormente, o Direito brasileiro adotou a regra segundo a qual os bens públicos não podem ser objeto de constrição para o pagamento de débitos devidos pelo Estado a particulares, nos termos do art. 1.277, § 16, da Consolidação das Disposições Legislativas e Regulamentares Concernentes ao Processo Civil de Antonio Joaquim Ribas (1878) e definitivamente sedimentada nos arts. 66 e 67 do Código Civil de 1916.

Essa organização ainda incipiente levou a que em fins do século XIX a cobrança de créditos em face do Estado Brasileiro junto ao Poder Judiciário fosse operada por meio de cartas precatórias, encaminhadas pelos Juízos em que os processos tramitavam diretamente à autoridade responsável pela guarda dos recursos públicos. Daí a expressão “precatório”, utilizada pela primeira vez quando a sistemática restou devidamente formalizada em ato normativo, especificamente, o Decreto 3.084, de 05 de novembro de 1898.

O modelo de pagamento via precatórios, ao momento de sua instituição, padecia de vício determinante para sua execução: os pagamentos não respeitavam a ordem de precedência das dívidas dos particulares. Por vezes, determinado cidadão obtinha a ordem precatória antes de credores cuja ancianidade da dívida era muito maior, ocasionando violação direta à isonomia. Não raro, conforme relatos históricos, o próprio sistema público contribuía para a precedência no recebimento de determinados credores em detrimento de outros a partir de uma advocacia administrativa levada a efeito por alguns servidores públicos.

O pagamento pela via do precatório aparece em sede constitucional pela primeira vez no texto da Constituição de 1934. A partir deste momento, estabeleceu-se a obrigatoriedade de respeito à ordem de apresentação dos débitos, preservando, desta feita, a isonomia.

Leonardo Carneiro da Cunha, citando Pontes de Miranda, assevera que *“a instituição do precatório, nos sucessivos textos constitucionais, concorreu para a moralização da administração pública no Brasil, eliminando uma das formas mais correntes de advocacia administrativa”*.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu este papel do regime de precatórios em diversas oportunidades. Nos autos da Reclamação 3.220 ED, pontificou o Ministro Celso de Mello:

“O regime constitucional de execução por quantia certa contra o Poder Público, qualquer que seja a natureza do crédito exequendo (RTJ 150/337) - ressalvadas as obrigações definidas em lei como de pequeno valor -, impõe a necessária extração de precatório, cujo pagamento deve observar, em obséquio aos princípios ético-jurídicos da moralidade, da impessoalidade e da igualdade, a regra fundamental que outorga preferência apenas a quem dispuser de precedência cronológica (“prior in tempore, potior in jure”).

A exigência constitucional pertinente à expedição de precatório - com a conseqüente obrigação imposta ao Estado de estrita observância da ordem cronológica de apresentação desse instrumento de requisição judicial de pagamento - tem por finalidade (a) assegurar a igualdade entre os credores e proclamar a inafastabilidade do dever estatal de solver

os débitos judicialmente reconhecidos em decisão transitada em julgado (RTJ 108/463), (b) impedir favorecimentos pessoais indevidos e (c) frustrar tratamentos discriminatórios, evitando injustas perseguições ou preterições motivadas por razões destituídas de legitimidade jurídica. (Rcl 3220 ED, Rel. Min. Celso de Melo, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/2008, DJe 14/02/2013)

O assento constitucional do regime de pagamento pela via dos precatórios também pode ser extraído de outros elementos fundantes da Constituição de 1.988, para além da decorrência direta do princípio da isonomia.

Prima facie, uma decorrência lógica da preservação da coisa julgada e mesmo da segurança jurídica emerge da sistemática. O cidadão que ostenta ordem judicial contrária ao Estado deposita no sistema de pagamento via precatório a confiança de que receberá o que lhe é devido a partir da inclusão da ordem no orçamento público.

Na mesma esteira, se há a prerrogativa da Administração Pública de somente pagar o que deve pela via especial dos precatórios, é indelével que dentro do mecanismo brasileiro de cobrança forçada de débitos, o papel de imputar ao Estado a quitação das referidas obrigações compete ao Poder Judiciário. É dizer que malgrado haja o privilégio estatal para pagamento de seus débitos, decorre deste mesmo modelo a necessidade de que o Poder Executivo cumpra as determinações encaminhadas via precatório pelo Poder Judiciário. A atual redação do art. 100, § 6º, da Constituição estabelece que as dotações abertas no orçamento para o pagamento dos precatórios serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, de modo a garantir o respeito à ordem de pagamento exarada.

Trata-se de decorrência lógica do sistema de freios e contrapesos estabelecido na Lei Maior, máxime da cláusula de separação de poderes do regime democrático brasileiro (art. 2º).

Noutro giro, pode-se dizer que o regime de precatórios consagra a representação de um modelo estatal de responsabilidade fiscal, guarnecido por elementos como a moralidade e a transparência na gestão do orçamento público. O sistema constitucional que estabelece as regras sobre finanças públicas é enfático ao adotar ditas premissas. Basta ver o

teor do art. 167, II, da Constituição que estabelece a expressa vedação de *“realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais”*.

Neste desiderato é que o pagamento pela via do precatório favorece o papel do gestor público responsável, impedindo que despesas extraordinárias ou não provisionadas sejam exigidas de imediato sem que tenham sido incluídas na peça orçamentária do exercício. Fornece-se à Administração a garantia de que o modelo de receitas e despesas programado na Lei Orçamentária não seja totalmente desconstruído por exigências extraordinárias havidas no curso do ano em que aquele orçamento está sendo executado.

Este é o contexto para o exame da matéria posta a julgamento nos autos das Ações Diretas em pauta, qual seja, estabelecer se há compatibilidade das Emendas Constitucionais 113 e 114/2021 com o texto original da Lei Maior ou se o constituinte derivado exorbitou de seu poder reformador, promovendo mudanças incompatíveis com os princípios consagrados pela redação de 1988.

B) O PODER DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO E O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

A discussão em torno das possibilidades e maneiras de reforma das Constituições não é nova entre os países que adotam o modelo republicano de organização jurídica a partir de uma ordem constitucional.

Um dos pontos mais relevantes das discussões promovidas durante a Convenção de Filadélfia de 1787, que deu origem à Constituição estadunidense, está registrado nos debates encetados entre Thomas Jefferson e James Madison a respeito do atual artigo V daquela Carta, que estabelece a possibilidade de emendas à Constituição.

Madison defendia a ideia de que o Poder Constituinte emana do povo e que as ideias elaboradas durante a Convenção que redigiu o texto constitucional deveriam ser modificadas minimamente, visto que o questionamento constante das disposições constitucionais e sua respectiva revisão podem ocasionar instabilidade política e insegurança

jurídica.

Jefferson adotava a premissa de que a Constituição não é uma obra acabada. A sociedade se modifica e o texto constitucional precisa ser constantemente revisitado. A Constituição é imperfeita e precisa ser escrutinada frequentemente. O professor da Universidade do Texas, Sanford Levinson, bem resumiu os pontos em debate em artigo no qual menciona a “veneração” (*veneration*) constitucional como elemento determinante para Madison. Nas palavras do Professor Levinson:

A razão básica para a existência do Artigo V [cláusula de revisão da constituição norte americana] e a sua rejeição explícita da esperança lockeana de "inalterabilidade" foi precisamente o reconhecimento - por pessoas ideologicamente tão distantes umas das outras como Mason e Hamilton - que a Constituição da Filadélfia era muito provavelmente imperfeita e necessitava de escrutínio contínuo por parte das pessoas governadas pelas instituições que ela estabeleceu. No entanto, Madison argumenta que esse mesmo reconhecimento de possível imperfeição e o concomitante espírito de reflexão crítica sobre a Constituição são eles próprios perigosos para a ordem constitucional, que depende, para a sua estabilidade, do estabelecimento de um clima de "veneração" e de "preconceito" positivo em favor da Constituição. Para Madison, ao contrário de Jefferson e sua fé na capacidade popular, o escrutínio generalizado e o debate sobre a adequação constitucional serviriam simplesmente para libertar "paixões públicas", em contraste ao discurso verdadeiramente fundamentado, e, claramente, Madison acreditava que nada de bom pode resultar disso”.

Em que pese o aparente antagonismo dos modelos propostos, tem-se que ambos acabaram compatibilizados nos sistemas constitucionais adotados pelas diversas democracias ocidentais. Nos variados ordenamentos constitucionais incorporou-se, de diversas maneiras, a chamada “teoria do poder constituinte”.

A teoria, inspirada em doutrina francesa, parte da dicotomia havida entre: (i) o poder capaz de elaborar nova constituição (*pouvoir constituant*) e (ii) aquele limitado pelo anterior, cuja competência se restringe a aprimorar os ideais adotados àquele momento inicial, sem, entretanto, modificá-los em sua estrutura (*pouvoir constitué*).

O pressuposto é o de que uma sociedade não pode ser condenada para sempre às escolhas feitas em outro momento temporal. Não há constituição mais antagônica aos anseios populares do que aquela não emendável, que aprisiona o povo de amanhã às escolhas irreversíveis de ontem.

O modelo proposto pela teoria do poder constituinte é, em tese, relativamente simples. Entretanto, a prática revela que as emendas à Constituição levadas a efeito pelos diversos países têm levantado enormes discussões a respeito do limite até o qual tem-se uma emenda constitucional legítima e a partir de quando a modificação é tamanha que seria necessária a formação de um novo poder constituinte.

Stephen Holmes e Cass Sunstein descrevem o desconforto na prática de se classificar determinada emenda constitucional como decorrência do exercício do poder constituinte ou do poder constituído. Para os autores, as emendas constitucionais habitam uma zona cinzenta em que podem ser definidas como “framing and framed”. *In verbis*:

(...) Seguindo o uso estabelecido por Abbé Sieyès no final do século XVIII, os constitucionalistas franceses distinguem entre o poder de enquadramento – “le pouvoir constituant” e os três ramos estabelecidos do governo – “les pouvoirs constitués”. O poder de alteração não se enquadra confortavelmente em nenhuma das categorias. Habita uma zona crepuscular entre poderes autorizadores e autorizados. Para classificá-lo, portanto, os constitucionalistas franceses recorrem a termos rebuscados, como “le pouvoir constituant institué” e “le pouvoir constituant dérivé”. Eles poderiam muito bem ter confessado seu constrangimento e chamado isso de “le pouvoir constituant constitué”.

Estranhamente, há algo neste oxímoro. O poder modificativo é simultaneamente enquadrante e enquadrado, licenciante e licenciado, originário e derivado, superior e inferior à constituição. Este padrão acrobático de ambos alerta-nos para o dilema subteorizado colocado pelo poder regulado constitucionalmente para rever as regulamentações constitucionais do poder.”

No Direito Brasileiro as limitações ao poder de emenda à Constituição de 1.988 encontram-se expressamente encetadas em seu art.

60, § 4º, *verbis*:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

(...)

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

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

A cláusula constitucional de revisão traz alguma segurança jurídica acerca das possibilidades de uma formal modificação constitucional. Ainda assim, diversas questões se impõem no controle de constitucionalidade das modificações à Constituição elaboradas pelo Congresso Nacional.

A Carta Constitucional de 1988, como qualquer constituição republicana e democrática, para além das limitações expressas contidas no art. 60, § 4º, contém cláusulas implícitas de não revisão que decorrem naturalmente do restante de seu texto. O professor de ciência política da Universidade do Tennessee, John R. Vile, capta a origem dessas limitações tácitas citando Thomas Cooley que, em exemplo mezinho, afirma que não é necessário a um fazendeiro plantador de frutas dizer aos empregados que não se deve colocar veneno nos pomares. Nas palavras de Cooley, *“Esta atitude é proibida por uma lei maior e mais imperativa que qualquer outra que o fazendeiro pudesse estabelecer”*.

No mesmo artigo, Vile, citando William Marbury, transcreve outra frase elucidativa da questão. Segundo Marbury, *“o poder de emenda à Constituição não inclui o poder de destruí-la, mas apenas o de adicionar propósitos para os quais ela foi moldada”*.

Entre nós, o professor Paulo Bonavides também escreve sobre as limitações ao poder de emenda à Constituição que ultrapassam a redação do art. 60 da CRFB/88:

O poder de reforma constitucional exercitado por um poder constituinte derivado, sobre ser um poder sujeito a limitações expressas do gênero daquelas acima expostas, é também um poder circunscrito a limitações tácitas, decorrentes dos princípios e do espírito da Constituição.

Essas limitações tácitas são basicamente aquelas que se referem à extensão da reforma, à modificação do processo mesmo de revisão e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário.

Quanto à extensão da reforma, considera-se, no silêncio do texto constitucional, excluída a possibilidade de revisão total, porquanto admiti-la seria reconhecer ao poder revisor capacidade soberana para ab-rogar a Constituição que o criou, ou seja, para destruir o fundamento de sua competência ou autoridade mesma. Há também reformas parciais que, removendo um simples artigo da Constituição, podem revogar princípios básicos e abalar os alicerces a todo o sistema constitucional, provocando, na sua inocente aparência de simples modificação de fragmentos do texto, o quebrantamento de todo o espírito que anima a ordem constitucional.

Trata-se em verdade de reformas totais, feitas por meio de reformas parciais. Urge precaver-se contra essa espécie de revisões que, sendo formalmente parciais, examinadas, todavia, pelo critério material, ab-rogam a Constituição, de modo que se fazem equivalentes a uma reforma total, pela mudança de conteúdo, princípio, espírito e fundamento da lei constitucional.

Nas sobreditas hipóteses temos no âmago essa deplorável consequência: a Constituição ab-rogada, configurando-se assim o fenômeno político que os publicistas consignam debaixo da designação de "fraude à Constituição". São freqüentes os exemplos históricos dessa prática abusiva de viração da Constituição, em que as formas se resguardam para mais facilmente alterar-se o fundo ou a base dos valores professados.

Os sistemas ideológicos e totalitários foram bem sucedidos no emprego dessa técnica fraudulenta, que lhes valeu na Itália fascista, na Alemanha nacional-socialista e em algumas democracias populares e marxistas da Europa Oriental o desimpedido acesso ao poder, sob o respeito aparente e cômodo da legalidade constitucional, cujo formalismo pareciam conservar, ao mesmo passo que com suas

reformas violavam a Constituição na essência e substância, nos seus valores improfanáveis, afastando assim ou ferindo de morte os preceitos básicos da ordem estabelecida. As leis de Hitler de 24 de março de 1933 e 31 de janeiro de 1934 praticamente despedaçaram a Constituição de Weimar, criando um novo direito constitucional fora da legitimidade democrática, em consonância com o nacional socialismo e sua fé ideológica.

A fortiori, o fato de a constituição brasileira conter suas próprias cláusulas revisionais não confere ao Congresso Nacional o poder de, atendido o processo ali descrito, levar a cabo emendas que desconstituam o modelo fundamental aprovado pelo constituinte originário.

O Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades, foi chamado a exercer o controle constitucional de emendas editadas pelo Congresso Nacional no exercício de sua função de constituinte derivado. Em certas situações coube à Corte exercer o *judicial review* de maneira a restabelecer o arranjo original da Carta Constitucional, abalado por modificações que lhe agrediram a essência.

Assim deu-se no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1993, DJ 18/03/1994, em que a Corte declarou inconstitucional a emenda que instituiu o chamado “Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras”. Eis a ementa do julgado:

EMENTA: - Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, “b”, e VI, “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica “o art. 150, III, “b” e VI”, da Constituição, porque, desse modo, violou os

seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.

Mais recentemente, em caso similar ao presente, o Supremo Tribunal Federal expungiu do mundo jurídico disposições constitucionais que não se amoldavam à ideia original do Texto Constitucional e, portanto, não poderiam constar de seu corpo. Refiro-me às ADIs 4357 e 4425, assim ementadas:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE INTERSTÍCIO CONSTITUCIONAL MÍNIMO ENTRE OS DOIS TURNOS DE VOTAÇÃO DE EMENDAS À LEI MAIOR (CF, ART. 60, §2º). CONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE "SUPERPREFERÊNCIA" A CREDORES DE VERBAS ALIMENTÍCIAS QUANDO IDOSOS OU PORTADORES DE DOENÇA GRAVE. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À PROPORCIONALIDADE. INVALIDADE

JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA LIMITAÇÃO DA PREFERÊNCIA A IDOSOS QUE COMPLETEM 60 (SESSENTA) ANOS ATÉ A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA (CF, ART. 5º). INCONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS EM PROVEITO EXCLUSIVO DA FAZENDA PÚBLICA. EMBARAÇO À EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO (CF, ART. 5º, XXXV), DESRESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL (CF, ART. 5º XXXVI), OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES (CF, ART. 2º) E ULTRAJE À ISONOMIA ENTRE O ESTADO E O PARTICULAR (CF, ART. 1º, CAPUT, C/C ART. 5º, CAPUT). IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO. OFENSA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE DIREITO (CF, ART. 1º, CAPUT), AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ART. 2º), AO POSTULADO DA ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT), À GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL (CF, ART. 5º, XXXV) E AO DIREITO ADQUIRIDO E À COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). PEDIDO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE. 1. A aprovação de emendas à Constituição não recebeu da Carta de 1988 tratamento específico quanto ao intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação (CF, art. 62, §2º), de sorte que inexistente parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmago do processo político, verdadeiro locus da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência

de ofensa formal à Constituição brasileira. 2. Os precatórios devidos a titulares idosos ou que sejam portadores de doença grave devem submeter-se ao pagamento prioritário, até certo limite, posto metodologia que promove, com razoabilidade, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e a proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), situando-se dentro da margem de conformação do legislador constituinte para operacionalização da novel preferência subjetiva criada pela Emenda Constitucional nº 62/2009. 3. A expressão “na data de expedição do precatório”, contida no art. 100, §2º, da CF, com redação dada pela EC nº 62/09, enquanto baliza temporal para a aplicação da preferência no pagamento de idosos, ultraja a isonomia (CF, art. 5º, caput) entre os cidadãos credores da Fazenda Pública, na medida em que discrimina, sem qualquer fundamento, aqueles que venham a alcançar a idade de sessenta anos não na data da expedição do precatório, mas sim posteriormente, enquanto pendente este e ainda não ocorrido o pagamento. 4. A compensação dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatórios, previsto nos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal, incluídos pela EC nº 62/09, embaraça a efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), desrespeita a coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI), vulnera a Separação dos Poderes (CF, art. 2º) e ofende a isonomia entre o Poder Público e o particular (CF, art. 5º, caput), cânone essencial do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, caput). 5. O direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) resta violado nas hipóteses em que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios perfaz-se segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, na medida em que este referencial é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. É que a inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período). 6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão “independentemente de sua natureza”, contida no art. 100, §12, da

CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário. 7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra. 8. O regime “especial” de pagamento de precatórios para Estados e Municípios criado pela EC nº 62/09, ao veicular nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública e ao impor o contingenciamento de recursos para esse fim, viola a cláusula constitucional do Estado de Direito (CF, art. 1º, caput), o princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), o postulado da isonomia (CF, art. 5º), a garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), o direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). 9. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte. (ADI 4357, Relator AYRES BRITTO, Redator p/ acórdão o Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, DJe 26/09/2014)

A partir destes precedentes, a Suprema Corte brasileira alinhou-se a modelos em que se admite o judicial *review* do mérito de emendas à Constituição, ainda que formalmente legítimas.

Um grande estudioso dos regimes constitucionais ao redor do mundo, o professor Richard Albert, da Universidade do Texas, aponta casos em que as Cortes Constitucionais exerceram o papel de judicial *review* em face de emendas à Constituição, basicamente pelo mesmo fundamento: agressão à estrutura original da Carta. O autor cita precedentes das Cortes Supremas da Colômbia, de Taiwan e da Índia. O caso indiano merece destaque, visto que, nas palavras de Albert, teria sido um dos precursores na utilização da doutrina alemã da “identidade constitucional” para exercer o controle de constitucionalidade de emendas à Constituição.

O primeiro precedente julgado pela Corte indiana data de 1973 (Kesavananda Bharati Sripadagalvaru vs Kerala) quando o Tribunal reconheceu que uma emenda não poderia abolir ou violar direitos

constitucionais fundamentais. Nos termos da decisão, *“todas as disposições da Constituição podem ser alteradas, desde que o resultado básico e a estrutura da Constituição permaneçam os mesmos”*. Estes elementos fundantes não estão necessariamente descritos expressamente na Constituição mas emergem da interpretação adotada pela Corte Constitucional. Na expressão cunhada pelo Tribunal, trata-se da *“basic structure doctrine”*.

Posteriormente, em precedente de 1981 (Minerva Mills Ltd. vs Union of India), a Corte indiana novamente invocou a *“basic structure doctrine”*. Desta feita para exercer o controle sobre emenda constitucional aprovada pelo Parlamento que afastava justamente o judicial review sobre as emendas à Constituição. A vigésima quarta emenda à Constituição indiana estabeleceu expressamente que nenhuma emenda à Constituição poderia ser objeto de controle judicial. O Tribunal, então, repeliu a modificação com base nas mesmas premissas anteriores. Nas palavras do Chief Justice *“(...) embora seja dado ao Parlamento o poder de alterar a Constituição, é claro que este poder não pode ser exercido de forma a danificar as características básicas da Constituição ou a destruir a sua estrutura básica”*.

C) MOMENTO CONSTITUCIONAL COMO FATOR RELEVANTE PARA A AFERIÇÃO DA LEGITIMIDADE DA REGRA DO LIMITE ANUAL DO PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS

O direito é reflexo do tempo em que editado. Em matéria constitucional, o texto posto na lei fundamental, tanto de maneira originária quanto em sede de revisão, decorre do *zeitgeist* em que produzido. A análise de legitimidade de determinada disposição precisa ser realizada em contexto com o ambiente em que elaborada bem como apreciada em cotejo com os efeitos que a norma é capaz de produzir.

Em sede de jurisdição constitucional, o tempo é fator determinante para exame da compatibilidade das normas com a ordem constitucional posta. O controle de constitucionalidade se exerce, em regra, pela expulsão do mundo jurídico da norma incompatível com a Constituição, afastando-se seus efeitos, passados e futuros.

A modelagem do tempo não é estranha aos juízes competentes para declarar a inconstitucionalidade de determinada norma mercê da

modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade atribuída à jurisdição constitucional, a partir de preceitos de segurança jurídica. A possibilidade é representativa do domínio sobre o fator tempo que o exercício da interpretação constitucional é capaz de promover.

Há que se referir ainda à possibilidade construída pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal do reconhecimento de uma norma “ainda” constitucional. Cite-se a ementa do emblemático caso julgado nos autos do RE 147776, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 19/06/1998. *In verbis*:

EMENTA: Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, sobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): processo de inconstitucionalização das leis.

1. *A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem.*

2. *No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328.*

In casu, a avaliação do fenômeno temporal é determinante para a solução da controvérsia. A limitação no pagamento das dívidas públicas com a rolagem dos saldos remanescentes para o futuro pode se mostrar condizente com princípios constitucionais até o ponto em que vencido o

momento excepcional que justificou a decisão.

Doutro tanto, a manutenção da regra em período que não mais a legitima tem como contrapartida a possibilidade de criação de uma cifra impagável pelo Estado em futuro breve, em completo prejuízo a direitos inicialmente sacrificados mas que, de maneira alguma, podem ser suprimidos.

O exame da compatibilidade das Emendas Constitucionais 113 e 114/21 com os princípios constitucionais postos no texto de 1988 não pode prescindir da avaliação a respeito da legitimidade das mudanças efetivadas, especialmente sob a ótica dos momentos vividos pela sociedade brasileira nos últimos três anos.

Conforme afirma Richard Albert, o exercício do poder constituinte de maneira legítima precisa estar acorde ao pensamento social vigente ao momento em que as alterações constitucionais são processadas. A roupagem de uma Emenda à Constituição formalmente aprovada não oferece ao poder constituinte derivado a chave para quaisquer mudanças no texto fonte do ordenamento. Nas palavras do professor:

O poder constituinte é um conceito sociológico, nem legal nem moral. Aos olhos do poder constituinte – deixando de lado por agora a forma como o identificamos de fato – as armadilhas formais da lei são menos importantes do que a eficácia política e a aceitação social. Quando a classe política reconhece a validade de uma mudança constitucional e o povo a aprova ou concorda com ela, essa mudança tem direito à legitimidade, embora não necessariamente à legalidade: uma constituição pode, portanto, ser simultaneamente ilegal e democraticamente legítima.

Esta é, em verdade, umas das implicações da teoria dos “momentos constitucionais”, desenvolvida por Bruce Ackerman. Segundo o professor de Yale, a elaboração de normas constitucionais não acontece apenas nos momentos em que formalmente o parlamento põe em prática seu poder de revisão. A voz do povo (“*We, the people*”) materializa-se em diversos momentos e promove mudanças na ordem constitucional, expressando a vontade democrática aferível em determinadas circunstâncias.

Ackerman reconhece o papel fundamental da Suprema Corte neste

mister:

Deste ângulo, o exercício retrospectivo de interpretação da Corte Suprema começará a parecer um aspecto fundamental de um empreendimento mais amplo de soberania popular, orientado para o futuro. Ao tentar representar as implicações concretas de princípios passados afirmados em nome do Povo, o Tribunal convida o grupo dominante de políticos/estadistas, e o público em geral, a um diálogo crítico sobre o futuro: se há algo seriamente errado com o legado da lei superior herdado do passado, o que é exatamente? Poderemos nós, o povo de hoje, articular as nossas propostas de revisão numa linguagem que incite a massa de cidadãos passivos a uma actividade política mobilizada?

No atual estágio da produção jurisprudencial e doutrinária a respeito do controle de constitucionalidade das emendas constitucionais tem-se elaborado a ideia, por diversos autores e tribunais, de que não há apenas um conjunto binário de respostas a ser dado aos casos em debate. É dizer que em situações quejandas não é possível ao intérprete constitucional apenas conferir se a proposta de emenda condiz com a redação original da constituição e, portanto, seria legítima; ou, atestar que não há aderência entre emenda e constituição, afirmando pela nulidade da disposição.

Este modelo cartesiano vem sendo severamente criticado quando posto em prática, especialmente porque tende a estabelecer um peso maior para a caneta da revisão judicial em detrimento da proposta aprovada pelo Parlamento, quando, em verdade, o que interessa é a apreensão da expressão democrática posta na mudança constitucional.

Nestas situações o papel da Corte é defender a Constituição, valendo-se ao máximo da substância democrática presente na emenda aprovada pelo poder constituinte derivado. A Corte deve ser catalisadora, não obstrutiva; os tribunais constitucionais não devem invalidar as alterações, mas sim unir-se de forma colaborativa e construtiva com os atores políticos para verificar se a mudança transformadora reflete o julgamento ponderado das pessoas e dos seus representantes.

O judicial *review* é parte do processo de emendas à Constituição. Toda democracia liberal funcional depende de uma variedade de técnicas

para introduzir flexibilidade no quadro constitucional. Os dois métodos habituais de mudança constitucional são, em primeiro lugar, a alteração e, em segundo lugar, a interpretação judicial à luz das circunstâncias e normas sociais em evolução. Há uma interação ou compensação mútua entre a alteração constitucional e a interpretação constitucional, como um reflexo da relação entre o poder judicial e os poderes políticos. Assim é que em um cenário de extremo rigor para o procedimento parlamentar de emenda, cabe à Corte Constitucional adaptar o texto da Lei Fundamental aos interesses da sociedade, por meio da interpretação constitucional. Noutro tanto, a interpretação desacorde aos anseios da sociedade pode ser a qualquer momento objeto de um *backlash* por parte dos poderes políticos quando do exercício da prerrogativa de emendar o Texto Constitucional.

No Brasil, o Professor Oscar Vilhena Vieira vem produzindo diversos estudos que buscam analisar o comportamento da Constituição de 1988 em reação a todas estas atividades institucionais de emenda e interpretação exercidas pelos poderes da República, ao que nominou de “resiliência constitucional”. Nas palavras de Vilhena:

Tomando livremente emprestado um conceito da física, resiliência é a propriedade que possuem alguns materiais de acumular energia, quando exigidos ou submetidos a estresse, sem que ocorra ruptura ou modificação permanente da sua natureza. Perduram no tempo, retornando ao ponto de equilíbrio. Não são rígidos no sentido da intolerância a certas pressões. Tampouco são flexíveis no sentido de modificarem radicalmente sua natureza quando pressionadas. “Acomodam” estímulos e pressões, adaptam-se, sem perder sua função e identidade.

E buscando explicação para esta ampla capacidade de resiliência da Constituição de 1988, o professor atribui tal qualidade justamente ao art. 60, § 4º, fundamento para o controle de constitucionalidade posto nesta ADI. *In verbis*:

De acordo com esse dispositivo [art. 60, § 4º] não podem ser objeto de deliberação as propostas de emenda “tendentes a abolir” a forma federativa, o voto (a democracia), a separação de Poderes e os direitos e as garantias individuais. Dessa forma, bloco que estrutura nossa democracia constitucional encontra-se num patamar superior de

proteção. Não seria incorreto afirmar que temos um núcleo constitucional super-rígido, circundado por dispositivos constitucionais mais flexíveis. A facilidade em reformar esses dispositivos mais flexíveis, assegurando a preservação dos princípios basilares da democracia constitucional, permitiu uma intensa atualização, em que sua identidade fosse alterada. Daí o texto constitucional ter se mostrado resiliente até esse momento.

A expressão também pode ser encontrada em doutrina estrangeira, traduzida do inglês como “*constitutional resilience*”.

Xenophon Contiades e Alkeme Fotiadou, citados por Richard Albert, descrevem os fatores que levam ao reconhecimento da resiliência de uma constituição:

O conceito de resiliência incorpora quatro fatores: continuidade jurídica, continuidade funcional, texto e propósito duradouros e distanciamento temporal. Primeiro, uma constituição resiliente pode sobreviver a choques internos ou externos ao regime. Contiades e Fotiadou utilizam a crise financeira global de 2008 para ilustrar o tipo de choque que uma constituição resiliente é capaz de suportar. Uma constituição resiliente terá a capacidade de desencadear mecanismos incorporados, como regras de alteração e gatilhos que lhes permitam adaptar-se a novas pressões sem recorrer a procedimentos anticonstitucionais ou extraconstitucionais. Estes mecanismos permitem que a constituição mantenha continuidade jurídica à medida que enfrenta o choque. Em segundo lugar, uma constituição resiliente também manterá a continuidade funcional, o que significa que o seu objetivo central será alcançável mesmo quando confrontado com o choque. Pode haver um período de ajustamento para lidar com o choque enquanto a constituição se recalibra para as novas condições, mas a questão é que o objetivo da constituição não mudará após o choque nem será frustrado por ele. Por exemplo, se o objetivo de uma determinada constituição é proteger os direitos humanos, essa constituição não pode ser descrita como resiliente se os violar quando o choque ocorrer. Terceiro, quando confrontado com um choque interno ou externo, o objetivo da constituição perdura, mas por isso faz seu texto. A resistência textual não é suficiente, mas é um fator necessário para a resiliência das constituições. Quarto, ao contrário do conceito de resistência constitucional que é limitado no tempo, a resiliência constitucional é temporalmente desvinculada. Como explicam Contiades e Fotiadou, “[R]esiliência não tem a ver com

tempo e não é medida em relação ao tempo: o que é importante é a continuidade no desempenho das funções necessárias face ao desastre." Estes quatro factores explicam resiliência constitucional.

D) O CASO CONCRETO: O CONTROLE JUDICIAL DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 113 E 114/2021

Estabelecidas as premissas em que está inserida a discussão acerca do controle judicial das Emendas Constitucionais impugnadas na presente Ação Direta, cumpre verificar o contexto fático em que as referidas modificações foram operacionalizadas.

Conforme termos da Exposição de Motivos da Proposta de Emenda Constitucional 23/2021, encaminhada pelo Ministério da Economia ao Congresso, a mudança no regime de pagamento dos precatórios justificava-se pela excepcionalidade havida no exercício financeiro de 2022.

Segundo informações dispostas na manifestação da Advocacia-Geral da União (e-Doc. 142, página 22):

(...) para composição da próxima Lei Orçamentária, cerca de R\$90 bilhões deveriam ser direcionados para gastos com sentenças judiciais no Orçamento federal de 2022, o que representa um elevado comprometimento das despesas discricionárias e uma variação positiva de 143% se comparados com os montantes de 2018.

3. Apenas à guisa de esclarecimento, enquanto no presente exercício cerca de R\$ 54,4 bilhões serão gastos com pagamento de condenações em sentenças judiciais, o que equivale a 46% de toda a despesa discricionária, para o próximo exercício (2022) estima-se que R\$ 89,1 bilhões serão necessários, o que equivaleria a mais de dois terços de todo o orçamento federal destinado a despesas discricionárias.

Ainda conforme informações trazidas pela representação judicial da União, em debate na Câmara dos Deputados a proposta ganhou um substitutivo. Nesta emenda parlamentar foi apresentada a necessidade de vinculação de recursos do orçamento a serviços especiais de saúde e de assistência social relativos aos efeitos da pandemia de coronavírus. Assim, propôs-se a destinação dos recursos que seriam alocados no

pagamento de precatórios para investimentos em ações de vacinação e de inclusão social a partir da oferta de renda à população mais afetada pelos efeitos da pandemia. *In verbis*:

É inegável a necessidade de um equacionamento para a questão do pagamento dos Precatórios, que poderão inviabilizar uma série de ações governamentais, isto posto, conciliar interesses de credores e do Estado é um imperativo que não pode atender a um governo específico e a uma situação determinada, deve propor soluções perenes que garantam a execução de políticas públicas. Nesse sentido, apresentamos o substitutivo em anexo, que acreditamos, concilia os interesses envolvidos na questão. Adicionalmente, após a apresentação de nosso primeiro relatório, atendemos ao clamor social para permitir a alocação de maiores recursos no combate aos efeitos econômicos provocados pela pandemia. A necessidade de medidas de combate ao vírus, como vacinação e ações emergenciais e temporárias de caráter socioeconômico pressupõe medidas excepcionais em tempos excepcionais e ao mesmo tempo que se apresenta o desafio de garantir o equilíbrio das contas públicas com a devida previsibilidade de crescimento da despesa.

Aprovado o substitutivo na Câmara dos Deputados, a proposição passou a ser discutida no Senado Federal. Uma vez mais demonstrou-se que as modificações propostas se justificavam ante a necessidade de ações de saúde, de assistência social e ainda a exigência de que fosse cumprido o teto de gastos públicos, criado pela Emenda Constitucional/2016.

No Parecer SF (Senado Federal) 17/2021 menciona-se o incremento dos recursos a serem utilizados no pagamento do benefício denominado Auxílio Brasil, criado pela Medida Provisória 1.061/21, posteriormente convertida na Lei 14.284/2021. Transcrevemos mais uma vez:

A PEC nº 23, de 2021, vem à CCJ para oferta de parecer em atendimento ao disposto no art. 356 do Regimento Interno do Senado Federal. Atende, assim, às exigências relativas à regimentalidade, não havendo óbice a opor, dado que a proposição está sendo submetida à regular tramitação nesta Casa. A técnica legislativa é adequada, não exige reparos, estando a construção da proposição, suas divisões internas, articulação e linguagem inteiramente compatíveis com os ditames da Lei Complementar nº 95, de 1998. Todavia, para fins de clareza redacional, ofereceremos ao final três sugestões de adequação

ao texto enviado pela Câmara dos Deputados.

Quanto à constitucionalidade, não se registram eventos de inconstitucionalidade formal por lesão às limitações circunstanciais e às limitações processuais ou formais. São mantidas hígidas, igualmente, as limitações materiais expressas ao poder reformador do Congresso Nacional, inexistindo qualquer lesão, mesmo que oblíqua, ao art. 60, § 4º, da Carta da República.

Quanto ao mérito, é indiscutível a necessidade de abertura de espaço fiscal dentro do Teto de Gastos para abrigar um novo programa social robusto, tanto em termos do tamanho do público alvo atendido quanto em termos do valor mensal dos benefícios disponibilizados às famílias. Caso aprovada, a proposição em exame contribuirá para que o número de famílias que serão atendidas pelo Programa Auxílio Brasil, instituído pela Medida Provisória nº 1.061, de 9 de agosto de 2021, salte de 14,6 milhões para 17 milhões.

O aumento de 16,4% na cobertura do Auxílio Brasil significará que a fila de espera de pessoas inscritas no Cadastro Único, mais conhecido como CadÚnico, e aptas a receber apoio financeiro assistencial do governo federal seja zerada. Com isso, cerca de 50 milhões de brasileiros, quase um quarto da população, terão apoio governamental para fugir da pobreza ou da extrema pobreza.

Outrossim, a aprovação da matéria permitirá que haja aumento no valor dos benefícios mensais pagos às famílias. Com o Programa Bolsa Família, o tíquete médio era de R\$ 186,68; com o Programa Auxílio Brasil, é atualmente de R\$ 224,41. Com maior espaço fiscal, será possível majorar substancialmente o tíquete médio do novo apoio assistencial e, além disso, implantar um piso de R\$ 400 mensais por beneficiário. Não há dúvidas de que o novo arcabouço social que se desenha amenizará as agruras financeiras atuais de contingente expressivo da população, impactando positivamente na redução da desigualdade de renda, que é um problema observado no País há longo tempo e necessita de soluções. O Auxílio Brasil, contudo, como se sabe, não se limita a apenas isso. (...)

A PEC nº 23, de 2021, possibilita a ampliação de espaço para a execução de gasto social com a preservação dos fundamentos do Teto de Gastos, que é a âncora que baliza a política fiscal. O aumento de despesa na área social continuará computado no limite de despesas primárias do Poder Executivo. Destarte, o efeito da proposição sobre o endividamento público será pouco expressivo em 2021 e 2022. Conforme os dados divulgados recentemente pelo Ministério da Economia em apresentação sobre a matéria, a aprovação da PEC nº 23, de 2021, aumentaria apenas marginalmente nestes dois anos o citado

endividamento. Com efeito, a dívida bruta do governo geral (DBGG) seria de 80,8% do produto interno bruto (PIB) em 2021 e de 80% do PIB em 2022 no cenário sem a aprovação da PEC, e de 81% em termos do PIB tanto em 2021, quanto em 2022 no cenário com a aprovação da PEC.

As informações de que o montante de recursos destinado ao pagamento do Auxílio Brasil foi aumentado pode ser ratificada pelos dados trazidos pela Secretaria Nacional de Renda de Cidadania - SENARC, então responsável pela administração do benefício referido.

3. Entretanto, em consonância com o Despacho n° 3/2021/SEDS/SENARC/DEOP (SEI 11896010), de 28 de janeiro de 2022, deve-se ressaltar que o espaço fiscal proporcionado pelas Emendas Constitucionais n° 113/2021 e n° 114/2021 foi fundamental para a implementação de políticas sociais essenciais para o enfrentamento da crise criada pela pandemia da Covid-19, bem como para a proteção da parcela da população mais vulnerável na forma de distribuição de alimentos e no enfrentamento das consequências das fortes chuvas que acometeram algumas regiões do País nos últimos dias, principalmente nos Estados de Minas Gerais e Bahia.

(...)

5. Neste sentido, conforme explicitado pelo Despacho n° 3/2021/SEDS/SENARC/DEOP (SEI 11896010), a flexibilização no regime de pagamentos de precatórios possibilitou a implementação do Programa Auxílio Brasil, que em atenção à população em condição de extrema pobreza aumentou os benefícios do extinto Programa Bolsa Família, simplificou sua estrutura de atendimento e instituiu o Auxílio Inclusão Produtiva Rural, para incentivo à produção, doação e consumo de alimentos saudáveis pelos agricultores familiares e o Auxílio Inclusão Produtiva Urbana para os beneficiários do Programa que comprovarem vínculo de emprego formal. Para tanto, está foi disponibilizado na Lei Orçamentária Anual de 2022 a dotação de R\$ 90,55 bilhões.

6. Também com o espaço fiscal criado com a aprovação da Emendas Constitucionais n° 113/2021 e n° 114/2021 possibilitou-se a publicação da Medida Provisória n° 1.092, de 31 de dezembro de 2021, que designou ao Ministério da Cidadania o valor de R\$ 700,00 milhões a serem destinados aos estados da Bahia e Minas Gerais que foram acometidos por fortes chuvas, deixando milhares de pessoas desabrigadas ou desalojadas, como consequência direta de alagamentos, deslizamentos de terra e danos à infraestrutura dos

municípios afetados. com interdição de estradas, quedas de pontes e viadutos e interrupção de fornecimento de energia elétrica e água potável.

7. Finalmente, por intermédio do crédito extraordinário implementado pela Medida Provisória n° 1.087, de 28 de dezembro de 2021, que concedeu a esta Pasta o montante de R\$ 167,29 milhões, o limite fiscal criado possibilitou o atendimento à Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais - ADPF n° 742, que diz respeito à distribuição de alimentos às comunidades quilombolas por parte do Governo Federal. Com estes recursos estão sendo atendidas cerca de 200 mil famílias de quilombolas, com a distribuição de cestas por, no mínimo, 6 meses.

A principal modificação promovida pelas Emendas Constitucionais 113 e 114 impugnadas nesta ação direta da qual resultou a abertura de espaço no orçamento está resumida no art. 107-A do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 107-A. Até o fim de 2026, fica estabelecido, para cada exercício financeiro, limite para alocação na proposta orçamentária das despesas com pagamentos em virtude de sentença judiciária de que trata o art. 100 da Constituição Federal, equivalente ao valor da despesa paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos, corrigido na forma do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, devendo o espaço fiscal decorrente da diferença entre o valor dos precatórios expedidos e o respectivo limite ser destinado ao programa previsto no parágrafo único do art. 6º e à seguridade social, nos termos do art. 194, ambos da Constituição Federal, a ser calculado da seguinte forma: (Incluído pela Emenda Constitucional n° 114, de 2021)

I - no exercício de 2022, o espaço fiscal decorrente da diferença entre o valor dos precatórios expedidos e o limite estabelecido no caput deste artigo deverá ser destinado ao programa previsto no parágrafo único do art. 6º e à seguridade social, nos termos do art. 194, ambos da Constituição Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional n° 114, de 2021)

II - no exercício de 2023, pela diferença entre o total de precatórios expedidos entre 2 de julho de 2021 e 2 de abril de 2022 e o limite de que trata o caput deste artigo válido para o exercício de 2023; e (Incluído pela Emenda Constitucional n° 114, de 2021) (Vide MI 7300)

III - nos exercícios de 2024 a 2026, pela diferença entre o total

de precatórios expedidos entre 3 de abril de dois anos anteriores e 2 de abril do ano anterior ao exercício e o limite de que trata o caput deste artigo válido para o mesmo exercício. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 114, de 2021)

§ 1º O limite para o pagamento de precatórios corresponderá, em cada exercício, ao limite previsto no caput deste artigo, reduzido da projeção para a despesa com o pagamento de requisições de pequeno valor para o mesmo exercício, que terão prioridade no pagamento. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 114, de 2021)

O dispositivo impõe um teto para o pagamento das despesas com condenações judiciais da União, postergando-se para os exercícios posteriores os montantes que exorbitem o limite imposto para cada ano.

Por um lado, foram sacrificados direitos individuais do cidadão titular de um crédito em face do poder público. Restaram abaladas sua legítima confiança nas instituições e mesmo agredido seu direito de ver atendidos os efeitos da coisa julgada que lhe foi favorável. Inobstante, os recursos financeiros desviados do atendimento a tais direitos restaram aproveitados em ações sociais e de saúde em momento em que o orçamento público viveu situação delicada decorrente de uma pandemia de proporções mundiais.

É certo que em recente manifestação, a mesma Advocacia-Geral da União traz aos autos requerimento acompanhado de Nota Técnica editada pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN) e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) em que afirma que àquele momento haveria outra opção ao gestor público, qual seja a aprovação de crédito extraordinário exorbitando ao regime fiscal do teto de gastos aprovado pela EC 95/2016. Veja-se o teor da Nota Técnica:

22. Dessa forma, não parece proceder a afirmação, com base nos números, de que teria sido inviável, do ponto de vista fiscal, honrar em dia as obrigações decorrentes de precatórios judiciais por conta do incremento de R\$ 33,7 bilhões, pela simples razão de que, ato contínuo à aprovação das suprarreferidas PECs, foram criadas novas despesas de caráter continuado no montante aproximado de R\$ 41 bilhões/ano.

23. Essa suposta divergência entre a motivação da PEC nº 23/2021 exposta na EM nº 00206/2021 ME (transcrita anteriormente) e a criação de despesas obrigatórias que se seguiu à

aprovação das Emendas Constitucionais nºs 113 e 114, ambas de 2021, não representa apenas uma contradição retórica, mas também uma verdadeira incongruência entre o que se divulgou oficialmente e as consequências fáticas advindas da promulgação das referidas emendas.

24. O indício de que a motivação do ato era destoante do que foi formalmente comunicado à época ganha reforço no fato de que -- tivesse mesmo sido identificada a inviabilidade do pagamento integral dos precatórios expedidos dentro do ordenamento fiscal vigente, com risco de comprometimento do funcionamento regular da máquina administrativa e de políticas públicas fundamentais --, bastaria ter sido solicitada ao Congresso a excepcionalização do pagamento desse excedente dos precatórios (da ordem de R\$ 33,7 bilhões) do limite de despesas vigente à época, popularmente conhecido como "Teto de Gastos", lembrando que esses gastos são de certa forma aceitos como imprevisíveis.

25. O comprometimento do Governo com a sustentabilidade fiscal não seria prejudicado ao excepcionalizar essas despesas do "Teto", uma vez que seria facilmente reconhecido que o "abrupto" aumento desta despesa não significaria necessariamente uma piora da situação fiscal do País. A meta de resultado primário estabelecida na Lei nº 14.194, de 20 de agosto de 2021 (Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO 2022) comportava o pagamento total das obrigações de precatórios previstas para aquele ano. Mas apenas excepcionalizar o pagamento de precatórios do "Teto de Gastos", tudo o mais constante, não abriria espaço para a ampliação de novas despesas de caráter continuado.

Não pode ser papel da jurisdição constitucional dizer qual a melhor opção a ser tomada pelo administrador público na implementação de políticas públicas. Some-se a isso o fato de que a escolha levada a efeito pelo Poder Executivo àquele momento contou com a legitimação do Parlamento por meio da aprovação das emendas constitucionais ora impugnadas.

Ao Poder Judiciário, nestes termos, compete apenas dizer se a opção escolhida é válida ou não em cotejo ao regramento constitucional vigente.

Neste particular, tenho que a medida adotada pelo Congresso, por meio de emenda à Constituição, representou uma opção política dotada de legitimidade no momento em que realizada.

Este Supremo Tribunal Federal reconheceu em julgados recentes a legitimidade de medidas concretizadas pelo poder público para atendimento de demandas exigidas pela população para o combate aos efeitos do coronavírus. Citem-se a ADIs 6357 MC-Ref, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2020, DJe 20/11/2020 e a ADI 6970, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 16/08/2022, DJe 29/08/2022:

Ementa: REFERENDO DE MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL (LRF). ARTS. 14, 16, 17 e 24. LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS (LDO/2020). ART. 114, CAPUT, E PARÁGRAFO 14. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. AFASTAMENTO DA EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ADEQUAÇÃO E COMPENSAÇÃO ORÇAMENTÁRIAS. CRIAÇÃO E EXPANSÃO DE PROGRAMAS PÚBLICOS DESTINADOS AO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19. PROTEÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE. CONFIRMAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 106/2020. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DA AÇÃO. 1. A Lei de Responsabilidade Fiscal instituiu um inovador modelo regulatório das finanças públicas, baseado em medidas gerais de transparência, de programação orçamentária, de controle e de acompanhamento da execução de despesas e de avaliação de resultados, destinadas, entre outros pontos, a incrementar a prudência na gestão fiscal e a sincronizar as decisões tomadas pelos Estados e pelos Municípios com os objetivos macroeconômicos estabelecidos nacionalmente pela União. 2. No entanto, existem situações nas quais o surgimento de condições supervenientes absolutamente imprevisíveis afetam radicalmente a possibilidade de execução do orçamento planejado. Inteligência do art. 65 da LRF. 3. O surgimento da pandemia de COVID-19 representa uma condição superveniente absolutamente imprevisível e de consequências gravíssimas, que afetará, drasticamente, a execução orçamentária anteriormente planejada. 4. O excepcional afastamento da incidência dos arts. 14, 16, 17 e 24 da LRF e 114, caput, in fine, e § 14, da LDO/2020, durante o estado de calamidade pública e para fins exclusivos de combate integral da pandemia de COVID-19, não conflita com a prudência fiscal e o equilíbrio orçamentário

intertemporal consagrados pela LRF. Realização de gastos orçamentários destinados à proteção da vida, da saúde e da própria subsistência dos brasileiros afetados pela gravidade da situação vivenciada. 5. Medida cautelar referendada. 6. O art. 3º da EC 106/2020 prevê uma espécie de autorização genérica destinada a todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para a flexibilização das limitações legais relativas às ações governamentais que, não implicando despesas permanentes, acarretem aumento de despesa. 7. Em decorrência da promulgação da EC 106/2020, fica prejudicada a Ação Direta de Inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto e de interesse de agir do Autor. Precedentes.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 14.128, DE 26 DE MARÇO DE 2021. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA AOS TRABALHADORES DA ÁREA DA SAÚDE. COVID-19. MORTE OU INCAPACITAÇÃO PERMANENTE PARA O TRABALHO. POLÍTICA PÚBLICA SOCIAL. AUSÊNCIA DE INTERFERÊNCIA NO REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES PÚBLICOS DA UNIÃO OU ALTERAÇÃO NAS ATRIBUIÇÕES DE ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. LEGISLAÇÃO INSTITUÍDA COM BASE NO REGIME EXTRAORDINÁRIO FISCAL DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 106/2020 E N. 109/2021. ENFRENTAMENTO DA CRISE SANITÁRIA CAUSADA PELA COVID-19 E DE SUAS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS E ECONÔMICAS. ART. 167-D DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECONHECIMENTO DO ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA E PROLONGAMENTO DA CRISE SANITÁRIA CAUSADA PELA COVID-19. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Instruído o feito nos termos do art. 10 da Lei n. 9.868/1999, é de cumprir-se o princípio constitucional da duração razoável do processo, com o conhecimento e julgamento definitivo de mérito da ação direta por este Supremo Tribunal, ausente a necessidade de novas informações. Precedentes. 2. É formalmente constitucional a Lei n. 14.128/2021 por não dispor sobre regime jurídico de servidores públicos da União ou interferir nas atribuições de órgãos da Administração Pública federal. 3. É constitucional a compensação financeira de caráter indenizatório prevista na Lei n. 14.128/2021, inserida no regime fiscal excepcional disposto nas Emendas Constitucionais n. 106/2020 e n. 109/2021, no

contexto de enfrentamento das “consequências sociais e econômicas” da crise sanitária da Covid-19. Ação direta de inconstitucionalidade: conversão do julgamento da medida cautelar em definitivo de mérito; improcedência do pedido formulado na ação para declarar constitucional o disposto na Lei n. 14.128, de 26 de março de 2021.

Em linha com os precedentes desta Corte, a opção do constituinte derivado, *in casu*, privilegiou cláusulas constitucionais estabelecidas, especialmente, nos arts. 1º, III, 3º, 5º *caput*, 6º, 194, *caput*, 196, bem como o inciso VI do art. 203. *In verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária (Incluído pela Emenda Constitucional nº 114, de 2021)

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto

integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

VI - a redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 114, de 2021)

Afigura-se, àquele momento, uma legítima ponderação levada em conta pelos poderes constituídos, de maneira a atender aos interesses imediatos e urgentes da população.

É dizer que para que houvesse recursos no orçamento para o atendimento das demandas existentes naquele instante, respeitando-se o teto de despesas discricionárias, promoveu-se um remanejamento dos pagamentos devidos pelo Poder Executivo, impondo-se a determinados cidadãos uma moratória compulsória de seus créditos.

A confluência dos elementos apresentados syndica a conclusão de que a medida assumida, em que pese tenha se mostrado legítima no momento da aprovação da Emenda Constitucional, necessita de escrutínio contínuo de seus efeitos, em vista da gravidade de suas consequências. Outrossim, não se pode admitir que os direitos suprimidos àquele momento excepcional pela emenda aprovada tenham, na prática, se tornado letra morta, o que pode ocorrer caso a rolagem da dívida estatal a torne impagável em um momento futuro.

Dessa forma, as impugnações trazidas no bojo da presente ação direta devem ser julgadas sob as lentes da situação atual, em que temos uma pandemia sob controle, com parcela considerável da população vacinada e na qual o pagamento dos benefícios sociais encontra-se estabilizado em programas perenes de governo.

Conforme informações trazidas em memoriais pela Ordem dos Advogados do Brasil, posteriormente à adoção do limite no pagamento dos precatórios por exercício, o estoque de débitos que não foram pagos em 2022 totaliza R\$ 22,31 bilhões, enquanto o montante devido dos precatórios apresentados até 02 de abril de 2023 está estimado em R\$ 51,68 bilhões. A consequência é que o estoque de precatórios já alcança a cifra de R\$ 56,89 bilhões.

A entidade também faz menção ao Acórdão 1.476/2023 do Tribunal de Contas da União (TCU), datado de 19 de julho de 2023, decorrente de processo de representação apresentado àquela Corte para avaliar os reais impactos e riscos orçamentários, financeiros e fiscais das ECs 113 e 114/2021.

Na referida decisão, o TCU reconheceu os riscos fiscais decorrentes da adoção do limite para pagamento das despesas com precatórios a partir do exercício de 2022, especialmente a protração no tempo das medidas dispostas nas ECs 113 e 114.

A Corte de Contas atesta o incremento na alocação de valores para pagamento do Auxílio Brasil, asseverando que *“especificamente quanto ao impacto fiscal do Programa Auxílio Brasil (sucedido, em 2023, pelo Programa Família), ‘houve incremento de R\$ 54,4 bilhões no valor alocado em ações relacionadas ao Auxílio Brasil durante a tramitação do PLOA 2022 no Congresso Nacional. O valor inicialmente fixado no PLOA 2022 de R\$ 35,3 bilhões passou para R\$ 89,7 bilhões quando da sanção da LOA 2022.”*

Já em relação ao risco fiscal, o acórdão menciona sua gravidade, caso a medida se mantenha: *“(...) a postergação, para 2027, do pagamento de precatórios autorizada pelas ECs 113/2021 e 114/2021, embora surta efeitos positivos mais imediatos na execução orçamentária, contribui, a médio prazo, para o aumento da dívida pública derivada dos precatórios, culminando com um passivo estimado em 2% do PIB, a ser pago em 2027 (Relatório de Acompanhamento Fiscal da IFI 64/2022) “;*

Assim é que os Ministros da Corte de Contas julgaram procedente a representação para que, dentre outras medidas, os órgãos do Poder Executivo *“adotem, de forma coordenada, as providências necessárias à elaboração de estimativas anuais do passivo acumulado em decorrência dos*

limites de pagamento de precatórios instituídos pela EC 114/2021, com indicação de medidas compensatórias para manutenção do equilíbrio fiscal, baseando-se em diferentes cenários de evolução de valores.”

Mais recentemente, a Nota Conjunta SEI 1/2023/STN/PGFN-MF trazida aos autos pela Advocacia-Geral da União informa que o custo total da medida (somando-se o incremento dos custos de rolagem da dívida pública e os prêmios de risco nas contratações públicas) pode ter alcançado a ordem de R\$ 150 bilhões até julho de 2022.

Nessa toada, é inegável que a postergação do pagamento das dívidas de precatórios, que se mostrou medida proporcional e razoável para que o poder público pudesse enfrentar a situação decorrente de uma pandemia mundial em 2022, a partir do exercício de 2023 começa a se caracterizar como providência fora de esquadro com os princípios de *accountability* que constam do próprio Texto Constitucional. É dizer que a limitação a direitos individuais que inicialmente manifestou-se como um remédio eficaz para combater os distúrbios sociais causados pela COVID-19, neste momento caminha para se caracterizar como um veneno com possibilidade de prejudicar severamente, em um futuro breve, o pagamento das mesmas despesas com ações sociais anteriormente prestigiadas.

E) A DECLARAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 107-A DO ADCT

Em linha com as atribuições da jurisdição constitucional dispostas na primeira parte deste voto, é papel deste Supremo Tribunal Federal atuar de maneira a resguardar a interpretação constitucional que dê a solução mais eficaz para o conflito de direitos em testilha. No entanto, conforme reconhece Sunstein, a Suprema Corte encontra, em suas próprias limitações, a definição de qual é a solução mais adequada ao caso concreto. Em verdade, a solução perfeita e adequada não existe, ou, se existe, está fora da órbita de competência institucional ou financeira que a jurisdição constitucional pode oferecer.

Apontou-se que a moratória compulsória no pagamento das dívidas devidas pelo Estado ao cidadão decorrentes de decisões judiciais transitadas em julgado ofende direitos individuais consagrados em nosso

Texto Constitucional. Há precedentes desta Corte que, em situações próximas, reconheceu que a medida exorbita do poder do Constituinte Derivado.

A partir de uma análise contextualizada da situação, conclui-se que as atitudes correspondiam à salvaguarda dos interesses que se encontravam em jogo para o exercício financeiro de 2022.

A medida não se afigura desproporcional para aquele momento, tal qual advoga a inicial da ação direta. O fato de constar saldo na conta única do Tesouro, divorciado de outros elementos contábeis, não afasta a situação de penúria fiscal exposta pelas diversas instituições públicas.

É dizer que o exercício democrático ao tempo em que editadas as medidas questionadas impunha o privilégio dos direitos à assistência social e à saúde em detrimento da segurança jurídica decorrente do pagamento das dívidas dos precatórios. O compromisso social é cláusula indisputável da Constituição de 1988, no que a reafirmação destes deveres por meio das ECs 113/114 mostrou-se em harmonia com a leitura que o próprio Supremo Tribunal Federal fazia daquele momento constitucional.

O pacto social da CRFB/88 é tão indissociável de seu core constitucional que o próprio Richard Albert trata a emenda constitucional do chamado teto de gastos (EC 95/2016) como um desmembramento constitucional (*constitutional dismemberment*) que se opõe à redação original do texto. Nas palavras do autor:

O Brasil, por sua vez, concluiu recentemente um esforço bem-sucedido para desmembrar um direito constitucional. Em junho de 2016, o presidente interino propôs uma alteração constitucional que limitaria a despesa pública até vinte anos, com o crescimento anual da despesa limitado à taxa de inflação do ano anterior.

Esta alteração ao limite da despesa pública foi recebida com críticas de muitos lados, apesar da sua capacidade de ajudar a atenuar as pressões econômicas no país. A razão para isto reside no enraizamento dos direitos sociais na Constituição. O Estado compromete-se no seu preâmbulo a garantir o exercício dos direitos sociais, e este compromisso está refletido noutras partes do texto da Constituição e na forma como os atores políticos o tem aplicado. Por

exemplo, a Constituição identifica os “valores sociais” como um dos seus princípios fundamentais e declara que um dos seus principais objetivos é “erradicar a pobreza e as condições de vida precárias e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Além disso, a Constituição consagra toda uma seção de direitos sociais, incluindo os direitos à alimentação e à habitação. (...)

A concretização dos direitos sociais poderá ficar gravemente comprometida com o limite máximo de despesas agora em vigor. Esta não é uma mudança de proporções modestas; terá impacto numa geração inteira e os seus efeitos poderão repercutir muito para além desse período.

(...)

O impacto desta Emenda ao Limite de Gastos Públicos no gozo dos direitos sociais pela próxima geração no Brasil, combinado com a forma como ela prejudica diretamente a fundação da Constituição e o compromisso contínuo com os direitos sociais, sugere que ela pode ser mais do que uma simples emenda. O seu propósito e efeito sugerem que deveria ser chamado de desmembramento constitucional.

No caso em julgamento, a conjuntura que resultou na adoção das medidas extremas para a abertura de espaço no orçamento público não se sustentou nos mesmos termos para os exercícios que se seguiram ao de 2022. O próprio limite com despesas discricionárias foi abandonado, com a substituição do chamado “teto de gastos”, aprovado pela Emenda Constitucional 95/2016, pelo novo “arcabouço fiscal”, criado tanto pela Emenda Constitucional 126/22 quanto pela recentemente aprovada Lei Complementar 200/2023.

Efetivamente, o projeto do teto de gastos foi derrotado em eleições majoritárias realizadas em 2022, tal qual se denota da referida “PEC da transição” aprovada ainda no ano de 2022 (EC 126/22), no que seus fundamentos de legitimidade popular se esvaíram. Consectariamente, uma das justificativas para a adoção do limite para pagamento de precatórios (teto das despesas discricionárias) não mais vigora em nosso ordenamento.

Quanto aos demais elementos que justificavam a adoção da medida, verifica-se que os gastos extraordinários com vacinação, internação e mesmo com o incremento dos valores dos auxílios emergenciais também não se mostram mais presentes na realidade da administração.

De maneira objetiva, extrai-se deste contexto que a solução imediata para o caso em tela é o reconhecimento da legitimidade da medida apenas para o exercício de 2022 e sua consequente incompatibilidade com as cláusulas constitucionais a partir do momento em que cessaram os eventos que justificavam a supressão dos direitos individuais concernentes ao recebimento da dívida do Estado em face dos particulares.

Fernando Facuri Scaff, em artigo sobre a questão publicado no portal CONJUR, reconhece a dificuldade de se dar solução ao imbróglio em julgamento. O autor chega a propor soluções alternativas para a contenda, mas reconhece: “(...) *A ideal é a de simplesmente revogar o sistema de bola de neve criado pelas PECs 113 e 114, através de nova Emenda Constitucional. Os precatórios federais passariam a ser pagos de forma rotineira, como antes.*”

De se ver, desse modo, que a melhor solução para o caso é inescapável: o que se impõe é a interpretação conforme a constituição do caput do art. 107-A do ADCT para que seus efeitos somente operem para o exercício de 2022, bem como a declaração de inconstitucionalidade, com supressão de texto, dos incisos II e III do mesmo dispositivo. Cabe ao Poder Executivo retomar o pagamento dos precatórios encaminhados pelo Poder Judiciário sem qualquer limitação orçamentária a partir do exercício de 2023. Ademais, deve o mesmo Poder Executivo eliminar de imediato o passivo de precatórios acumulado no exercício de 2022 e encaminhados até o dia 2 de abril de 2023.

A solução para o caso, adotada nestes termos, deflagra o argumento *ad terrorem* da Administração Pública no sentido de que os cofres públicos não terão recursos para fazer cumprir a decisão judicial assim exarada.

Ocorre que conforme vem sendo noticiado pela imprensa especializada, a meta de déficit primário fixada pelo Governo para o ano de 2023 é de R\$ 238 bilhões, ou 2,2% do PIB. (SOF revisa projeção para o déficit primário em 2023 para R\$ 145,4 bilhões em Portal do Ministério do Planejamento, 21/07/2023)

Tal qual se verifica das projeções bimestrais realizadas pela

Secretaria do Tesouro Nacional (STN), é possível que na próxima estimativa o déficit primário esteja próximo dos R\$ 100 bilhões de reais, ou, aproximadamente, 1,1% 1,2% do PIB (“Ceron admite déficit primário em 2023, mas reforça busca por déficit zerado em 2024”, em Portal Jota de 13 de setembro de 2023).

No mesmo portal jurídico, Cristiane Coelho, em coluna de opinião, compartilha de conclusão semelhante, a partir das informações fornecidas pelo Governo. A articulista defende ainda a reclassificação da dívida com os precatórios, mas reconhece que ainda que quitados como despesas primárias, há espaço para o adimplemento do passivo em 2023. Veja-se:

Por fim, nem mesmo a polêmica questão sobre a classificação orçamentária das parcelas de juros e principal dos precatórios deveria ser obstáculo a uma decisão expedita quanto à inconstitucionalidade do art. 107-A do ADCT. Caso o pagamento do estoque seja autorizado para este ano, ainda que ele venha a ser (de forma equivocada, conforme se pretende abordar em artigo próximo) integralmente contabilizado como despesa primária, seguindo o padrão dos orçamentos anteriores, é provável que ainda assim se cumpra a meta de déficit primário fixada para 2023. Embora se frustrasse a projeção de déficit de cerca de 1% do PIB almejada pelo Ministério da Fazenda, é provável que não se infringirá a meta legalmente fixada pelo art. 2º da LDO/2023 e parágrafo único do art. 3º da EC 126/2022. (destacamos)

Com efeito, conclui-se que há espaço nas metas orçamentárias de 2023 para o pagamento do passivo gerado nos exercícios 2022 e até abril de 2023, que, segundo estimativas, está em torno dos R\$ 95 bilhões, sem que se comprometa a estrutura da Administração Pública.

Qualquer argumento que pretenda postergar ainda mais a solução do problema, em prejuízo aos direitos de diversos administrados que tiveram seus créditos incluídos em uma moratória compulsória instituída pela administração federal falece de substrato.

F) DA CONFORMAÇÃO ORÇAMENTÁRIO-FINANCEIRA PARA O CUMPRIMENTO DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 107-A DO ADCT

A quitação do passivo criado a partir das regras aprovadas pelas Emendas Constitucionais 113 e 114/2021 é medida que se impõe de imediato, sob pena de se inviabilizar a atividade da administração pública em um futuro breve.

A respeito da forma contábil-financeira pela qual a quitação do montante pode ser realizada, a Ordem dos Advogados do Brasil, com espeque nas regras de Direito Financeiro vigentes, defende a possibilidade de que as dívidas com o pagamento dos precatórios não seja classificada como “despesa pública primária”, e, via de consequência, seja excluída do regime fiscal do “teto de gastos”, aprovado pela EC 95/2016. Pleiteia, desse modo, *“a interpretação conforme, sem redução de texto, a fim de excluir o conteúdo do art. 100 da Constituição Federal dos limites estabelecidos pelo art. 107, caput e inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”*.

Conforme referido alhures, o sistema do teto de gastos mencionado pela entidade requerente foi atualmente substituído pelo Novo Regime Fiscal sustentável (“novo arcabouço fiscal”).

Nessa linha, a Advocacia-Geral da União, em manifestação protocolada em 25 de setembro de 2023, pugna para que as despesas com o pagamento de precatórios também sejam excluídas da classe de despesas primárias com o reconhecimento de que os encargos decorrentes de tal pagamento sejam caracterizados como dívida consolidada.

Com suporte na Nota Técnica exarada pela Secretaria do Tesouro Nacional e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a AGU defende a tese de que o enquadramento dos valores relativos ao pagamento com precatórios deve ser realizado de maneira dúplice: o valor do montante principal ser classificado como despesa pública primária e os encargos incidentes sobre aquele devem ser entendidos como dívida pública.

A pretensão deveria ser aplicada, inclusive, para o pagamento do passivo decorrente da regra do art. 107-A do ADCT, criada pela EC 114/21, valendo-se o gestor de uma “parametrização” que dê aplicabilidade à medida.

A efetivação da pretensão resultaria no fato de que a parcela da dívida pública consolidada decorrente do pagamento dos precatórios não seria considerada na formação de superávit primário pelo governo central, favorecendo as expectativas de credores e investidores com o desempenho da economia brasileira.

Nos dizeres de Ricardo Lobo Torres, a dívida pública é sempre decorrente ou (i) de empréstimos realizados pelo ente público ou (ii) da emissão de títulos.

Régis Fernandes de Oliveira é ainda mais expresso ao afirmar que as dívidas decorrentes do pagamento de condenações judiciais não são classificadas como dívida pública mas como despesas. *In verbis*:

Realmente, ao se falar em dívida pública, fala-se em "obrigação assumida pelo Poder Público através de empréstimos obtidos, no exterior ou internamente, mediata contratos em que o governo recebe dinheiro de instituições financeiras ou o consegue pela venda de títulos ao público, com a obrigação de devolvê-lo com o pagamento de juros". De qualquer maneira, trata-se de ato contratual, e, pois, voluntário.

O empréstimo pode atender a razões temporárias para mero suprimento de caixa (necessidade monetária) ou a objetivos financeiros de investimento.

As demais despesas que o Estado tem em decorrência de norma constitucional (saúde, educação e fundos constituídos), norma legal (pagamento de servidores) ou contratos de obras, fornecimento e serviços não entram no conceito geral de dívida.

Daí afirmar Geraldo Ataliba que no conceito de dívida "não se compreendem outras relações jurídicas em que o Estado seja devedor, como é o caso dos pagamento que deve a seus servidores, fornecedores etc."

Não se pode dizer que o débito em decorrência de decisões judiciais e existentes mediante expedição de precatórios se inclua na dívida pública. (destacamos)

Em que pese a linha ortodoxa desenvolvida pelos insígnis financistas, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/00), buscando aprofundar a responsabilidade do gestor público em relação ao endividamento do ente federado, estabeleceu situações em que não se tem necessariamente a emissão de título ou a contratação de um

empréstimo, mas há a caracterização da despesa como dívida pública. Assim o é no que tange à assunção, ao reconhecimento ou à confissão de dívidas pelo ente da Federação, conforme estabelecido no art. 29, § 1º, da dita LC:

Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições:

I - dívida pública consolidada ou fundada: montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses;

II - dívida pública mobiliária: dívida pública representada por títulos emitidos pela União, inclusive os do Banco Central do Brasil, Estados e Municípios;

III - operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros;

IV - concessão de garantia: compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada;

V - refinanciamento da dívida mobiliária: emissão de títulos para pagamento do principal acrescido da atualização monetária.

§ 1º Equipara-se a operação de crédito a assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas pelo ente da Federação, sem prejuízo do cumprimento das exigências dos arts. 15 e 16.

É certo que em vista da grande celeuma que se tornou o equacionamento do pagamento dos precatórios decorrente da criação do regime das ECs 113 e 114, há autores que defendem a reclassificação dos montantes relativos às condenações judiciais do poder público de maneira definitiva. Referimo-nos, dentre outros, ao professor da Universidade de São Paulo, Fernando Facury Scaff, que aponta a previsão do art. 30, § 7º, da LC 101/00 como disposição apta a reconhecer a dívida de precatório vencida como dívida consolidada:

Reportagem de Idiana Tomazelli, na Folha de S.Paulo do dia 10 de agosto informa que o governo planeja incluir em uma PEC a

possibilidade de classificar os precatórios como "despesa financeira", e, com isso, retirá-los dos limites do superavit primário federal.

Marcos Mendes, no mesmo jornal dias após, afirmou que tal procedimento seria contabilidade criativa representando uma pedalada fiscal. Está errada a afirmação, pois foram as PECs 113 e 114 que realizaram uma horrenda e descarada pedalada nos credores judiciais desses valores devidos pela União. Não há nada de criativo no procedimento que se pretende fazer acerca do pagamento dos precatórios pelo atual governo — exceto sua timidez.

De fato, a reportagem indica que a proposta do governo será retirar do limite apenas o que vier a ser pago além do subteto, mantendo como despesa primária o pagamento dos precatórios do ano em curso. Ocorre que o excesso, aquilo que ultrapassa o subteto, já é legalmente considerado como dívida e não como despesa, a teor do artigo 30, §7º da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Logo, nenhuma norma precisa ser alterada para essa solução tímida, que só resolve o problema do governo, deixando os credores de precatórios a ver navios.

O mesmo articulista avança para propor o reconhecimento de toda dívida relativa a precatório como dívida consolidada:

A solução intermediária foi proposta por mim e Felipe Salto no jornal O Estado de S. Paulo, que é a de alterar o §7º do artigo 30 da LRF, a fim de que todos os precatórios passem a ser considerados como dívida, não só os inadimplidos. Esta proposta atende a responsabilidade fiscal, mas só atenderá aos credores se, ao mesmo tempo, passarem a ser pagos todos os precatórios, não apenas os do subteto.

O professor José Roberto R. Afonso, em parecer juntado a estes autos pela Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (FIRJAN), atuando na condição de *amicus curiae* (e-Doc. 253) também filia-se à tal possibilidade:

É fato comprovado e oficial que os precatórios constituem dívida pública. Basta citar o principal documento contábil e cerne da prestação de contas presidencial, o Balanço Geral da União: o estoque acumulado de precatórios a pagar é contado e apresentado de forma clara e discriminada no passivo da União. Ou seja, nas contas da União elaboradas e submetidas ao crivo de diferentes órgãos de

controle, interno e externo (Tribunal de Contas da União), os precatórios constituem uma categoria do passivo devido a terceiros.

Emerge do contexto das discussões que a União não se furta a promover a quitação do passivo gerado pela utilização do subteto no pagamento dos precatórios dos exercícios de 2022 e 2023. Entretanto, pugna apenas para que, excepcionalmente, a maneira pela qual o pagamento seja efetivado opere-se com registros na contabilidade pública diferentes do habitual.

Entretanto, a questão não é pacífica nem mesmo entre os órgãos governamentais, que divergem quanto à classificação do pagamento dos precatórios como dívida. Veja-se recente matéria da imprensa em que se afirma que o Ministério do Planejamento e o Banco Central discordam da referida pretensão. (Planejamento quer precatório como despesa primária, mas fora do limite de gasto - jornal Valor Econômico, edição de 30 de setembro de 2023)

O parecer de José Roberto R. Afonso, referenciado alhures, também atesta a divergência de entendimentos:

(...) Não por lei e nem por direito, mas por prática recorrente, a mensuração de dívida pública que se convencionou seguir no Brasil é a contemplada nas Estatísticas Fiscais, apuradas e divulgadas mensalmente pelo Banco Central (em uma nota à imprensa, publicada no site da Instituição). Este conta para tal o que tramita no mercado financeiro, como a emissão de títulos e a contratação de empréstimos. Outros passivos, mesmo constando expressamente na contabilidade pública e nos documentos exigidos pela legislação, não são contados como parte da dívida pública para a autoridade monetária. É o caso dos precatórios, omitidos nesta convenção, embora parte tenha se tornado mais uma forma de ativo financeiro e, como tal, seja normal e regularmente transacionada no mercado financeiro brasileiro. Ainda assim, tanto o BCB não inclui esses valores como dívida pública, quanto as próprias instituições financeiras não comentam publicamente que parte dos seus ativos tenha contrapartida em passivo do governo.

Dessarte, a reclassificação orçamentária das despesas com o pagamento de precatórios é medida que escapa ao âmbito de atribuição exclusiva do Poder Judiciário. Trata-se, nitidamente, de mister a ser exercido pelo Parlamento como representante imediato da sociedade.

Há que imperar, nesta hipótese, a adoção de um minimalismo judicial. Impõe-se uma postura de autocontenção do Judiciário (judicial self-restraint) na feliz expressão de Cass Sunstein, sob pena de indevida incursão na atividade legislativa.

Ademais, a reclassificação geral das despesas com o pagamento de precatórios poderia ocasionar consequências outras que podem ainda não estar delimitadas no estreito âmbito de discussão desta ação. Este alerta consta de artigo de opinião também veiculado pela imprensa e que merece atenção. (Manobra contábil com precatórios bagunça conceitos e pode criar precedentes perigosos - Jornal Folha de São Paulo, 29/09/23).

Assim, no caso concreto, a classificação das referidas despesas como dívida pública deve se ater às situações estabelecidas na Lei Complementar 101/00, não cabendo à Corte estender a classificação legal para além do que efetivado pelo Congresso Nacional. Citando Sunstein uma vez mais, valemo-nos na lição do autor que, escrevendo especificamente sobre o minimalismo judicial, assevera que a solução rasa (*shallow*) e estreita (*narrow*) mostra-se justa, na medida em que não interdita o debate da matéria pela sociedade, o que lhe imputa ampla legitimidade.

Entretanto, se de uma banda não pode ser papel da jurisdição constitucional restabelecer a classificação contábil das rubricas orçamentárias, é certo que a decisão judicial deve conter um grau mínimo de exequibilidade para que seja efetivamente cumprida. É dizer que o provimento jurisdicional, por mais adequado que seja no sentido técnico, deve deferência à realidade dos fatos.

Neste particular, é cabível o exame da preocupação posta pela União com relação aos efeitos que o pagamento do passivo de precatórios pode gerar no “Novo Regime Fiscal Sustentável”, aprovado pela Lei Complementar nº 200/2023, também conhecido como “novo arcabouço fiscal”.

Nos termos da Lei Complementar 200/2023, tem-se que o limite de endividamento estabelecido pode ser prejudicado pelo pagamento do montante de precatórios sob a rubrica de despesas primárias, visto que não há correspondentes receitas para fazer face a tais dispêndios, tal qual exige o art. 3º da referida lei. *In verbis*:

Art. 3º Com fundamento no inciso VIII do caput do art. 163, no art. 164-A e nos §§ 2º e 12 do art. 165 da Constituição Federal, ficam estabelecidos, para cada exercício a partir de 2024, observado o disposto nos arts. 4º, 5º e 9º desta Lei Complementar, limites individualizados para o montante global das dotações orçamentárias relativas a despesas primárias:

I - do Poder Executivo federal;

II - do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal, da Justiça Militar da União, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, no âmbito do Poder Judiciário;

III - do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Tribunal de Contas da União, no âmbito do Poder Legislativo;

IV - do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público; e

V - da Defensoria Pública da União.

§ 1º Cada um dos limites a que se refere o caput deste artigo equivalerá:

I - para o exercício de 2024, às dotações orçamentárias primárias constantes da Lei nº 14.535, de 17 de janeiro de 2023, considerados os créditos suplementares e especiais vigentes na data de promulgação desta Lei Complementar, relativas ao respectivo Poder ou órgão referido no caput deste artigo, corrigidas nos termos do art. 4º e pelo crescimento real da despesa primária calculado nos termos do art. 5º desta Lei Complementar, excluídas as dotações correspondentes às despesas de que trata o § 2º deste artigo; e

II - para os exercícios posteriores a 2024, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido nos termos dos arts. 4º e 5º desta Lei Complementar, observado que as alterações nas dotações orçamentárias realizadas para atender à situação prevista no caput do art. 9º desta Lei Complementar não deverão ser incluídas para a definição do limite do exercício subsequente.

§ 2º Não se incluem na base de cálculo e nos limites estabelecidos neste artigo:

I - as transferências estabelecidas no § 1º do art. 20, no inciso III do parágrafo único do art. 146, no § 5º do art. 153, no art. 157, nos incisos I e II do caput do art. 158, no art. 159 e no § 6º do art. 212, as despesas referentes ao inciso XIV do caput do art. 21 e as complementações de que tratam os incisos IV e V do caput do art. 212-A, todos da Constituição Federal;

II - os créditos extraordinários a que se refere o § 3º do art. 167 da Constituição Federal;

III - as despesas nos valores custeados com recursos de doações ou com recursos decorrentes de acordos judiciais ou extrajudiciais firmados para reparação de danos em decorrência de desastre;

IV - as despesas das universidades públicas federais, das empresas públicas da União prestadoras de serviços para hospitais universitários federais, das instituições federais de educação, ciência e tecnologia vinculadas ao Ministério da Educação, dos estabelecimentos de ensino militares federais e das demais instituições científicas, tecnológicas e de inovação, nos valores custeados com receitas próprias, ou de convênios, contratos ou instrumentos congêneres, celebrados com os demais entes federativos ou entidades privadas;

V - as despesas nos valores custeados com recursos oriundos de transferências dos demais entes federativos para a União destinados à execução direta de obras e serviços de engenharia;

VI - as despesas para cumprimento do disposto no § 20 do art. 100 da Constituição Federal e no § 3º do art. 107-A do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

VII - as despesas para cumprimento do disposto nos §§ 11 e 21 do art. 100 da Constituição Federal;

VIII - as despesas não recorrentes da Justiça Eleitoral com a realização de eleições;

IX - as transferências legais estabelecidas nas alíneas a e b do inciso II do caput do art. 39 da Lei nº 11.284, de 2 de março de 2006, e no art. 17 da Lei nº 13.240, de 30 de dezembro de 2015.

A consequência atribuída para o descumprimento da medida fora das exceções legais é a responsabilização do gestor, nos termos do art. 7º da mesma lei complementar:

Art. 7º Não configura infração à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), o descumprimento do limite inferior da meta de resultado primário, relativamente ao agente responsável, desde que:

I - tenha adotado, no âmbito de sua competência, as medidas de limitação de empenho e pagamento, preservado o nível mínimo de despesas discricionárias necessárias ao funcionamento regular da administração pública; e

II - não tenha ordenado ou autorizado medida em desacordo com as vedações previstas nos arts. 6º e 8º desta Lei Complementar.

§ 1º Na hipótese de estado de calamidade pública de âmbito nacional, aplica-se o disposto no art. 167-B da Constituição Federal e no art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

§ 2º O nível mínimo de despesas discricionárias necessárias ao funcionamento regular da administração pública é de 75% (setenta e cinco por cento) do valor autorizado na respectiva lei orçamentária anual.

Na mesma toada, o cumprimento da ordem judicial posta nesta demanda também pode atingir diretamente as metas de resultado primário a serem dispostas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal. *In verbis*:

Art. 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e:

I - disporá também sobre:

a) equilíbrio entre receitas e despesas;

b) critérios e forma de limitação de empenho, a ser efetivada nas hipóteses previstas na alínea b do inciso II deste artigo, no art. 9º e no inciso II do § 1º do art. 31;

c) (VETADO)

d) (VETADO)

e) normas relativas ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos;

f) demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas;

II – (VETADO)

III – (VETADO)

§ 1º Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes.

Se por um lado, a reclassificação geral não pode ser assumida pela Corte Constitucional, por outro, compete ao juiz fornecer ao gestor meios para que a decisão judicial seja efetivamente atendida.

Neste aspecto, o provimento jurisdicional transita pelos caminhos do controle dos atos da administração. O professor de Harvard, Leon Fuller,

define os limites para esse controle a partir de uma “moralidade do Direito”, fundada nos seguintes princípios: generalidade, publicidade, irretroatividade, intelegibilidade, consistência, praticabilidade, estabilidade e congruência. Tudo o que ultrapassa desses pressupostos, pode ser objeto de intervenção judicial.

Aprimorando as premissas de Fuller, Sunstein e Vermeule desenvolvem essa ideia de Estado Administrativo, regido por uma moral administrativa, a ser limitada pela intervenção jurisdicional (SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. *Lei e Leviatã: Resgatando o Estado Administrativo*. Ed. Contracorrente. Nov/21).

Em obra dedicada a avaliar os precedentes da Suprema Corte americana a respeito do poder das agências estatais na normatização administrativa, reconhecem Sunstein e Vermeule que se deve deferência ao campo de atuação da atividade administrativa. Os limites constituem o que os autores chamam de “salvaguardas substitutivas”, que nada mais são do que exigências mínimas para o exercício do poder regulador, mormente (i) o respeito às regras da própria entidade, (ii) a irretroatividade da normatização e (iii) a congruência entre o que politicamente o ente estatal está determinado a fazer e o que ele efetivamente entrega ao cidadão.

In casu, a intervenção judicial, inobstante mostre-se incompetente para a reclassificação contábil das despesas orçamentárias, deve ser efetivada para a solução concreta da demanda. Está-se diante de uma exigência de “congruência” em que a pretensão de quitação do passivo gerado pela aplicação do subteto dos precatórios precisa se coadunar com regras de responsabilidade fiscal aprovadas recentemente que permitam a solução do caso concreto. Citamos Sunstein e Vermeule:

Uma maneira simples de entender esse recurso é que a Corte instrui uma agência que se envolveu na justificação sob pretexto para tornar sua fundamentação congruente com suas ações, de uma forma ou de outra - seja alterando as ações ou admitindo as justificativas reais. Dessa forma, o controle do pretexto é melhor entendido como uma aplicação da oitava maneira de falhar ao elaborar uma lei de Fuller: “uma falha de congruência entre as regras anunciadas e sua administração real”. Posto de forma positiva, um desiderato de conduta governamental semelhante à lei - e, no extremo, um requisito

mínimo de legalidade - é que as justificativas declaradas não devem ser impossíveis de conciliar com o comportamento real dos funcionários que as declaram.

Dessa maneira, mostra-se pertinente o estabelecimento de um regime de exceção em que o cumprimento da presente ordem judicial não acarrete impacto nas regras de *accountability* expressas no Novo Regime Fiscal Sustentável.

O Supremo Tribunal Federal já admitiu situações excepcionais ao sistema de controle orçamentário quando do julgamento das questões atinentes à pandemia de COVID-19 - ADI 6357 MC-Ref, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2020, DJe 20/11/2020)

Nesses termos, é imperioso que seja realizado o pagamento imediato dos precatórios expedidos e não pagos já informados à União até 2 de abril de 2023, cujos valores não serão considerados exclusivamente para fins de verificação do cumprimento da meta de resultado primário a que se referem o art. 4º, § 1º, da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, prevista na lei de diretrizes orçamentária em que for realizado o pagamento, sendo possível, porém, a sua classificação orçamentária e estatísticas fiscais, a critério dos órgãos competentes. Ademais, os pagamentos relativos exclusivamente ao passivo de precatórios ocasionado pelas Emendas Constitucionais 113/02 e 114/02 devem ser incluídos nas excepcionalidades do art. 3º, § 2º, da Lei Complementar 200/23, afastando-se as consequências da discrepância entre despesas e receitas quando da satisfação dos referidos créditos. É dizer que as despesas primárias realizadas para cumprimento da decisão judicial posta nesta ação não devem ser alcançadas pelas limitações a que se refere a LC 200/23, nos moldes das exceções previstas na própria norma.

Outrossim, não se pode desconsiderar que a formulação do “Novo Regime Fiscal Sustentável” levou em conta a existência do subteto para pagamento de precatórios vigente até 2026.

Nestes termos, a declaração de inconstitucionalidade da limitação para os exercícios de 2024 a 2026 retira o substrato no qual está ancorado

o regime, na medida em que o montante a ser pago a título de precatórios judiciais não pode ser antevisto em situações ordinárias, ao contrário do que acontecia quando vigente o subteto.

Dessarte, a exclusão das consequências para atingimento das metas fiscais dos valores que ultrapassarem o subteto, também para os exercícios de 2024 a 2026, deve ser reconhecida, de modo a que a credibilidade do regime fiscal possa ser mantida.

A fortiori, devem ficar afastados do cumprimento desta decisão quaisquer limites legais e constitucionais ou condicionantes fiscais, financeiras ou orçamentárias aplicáveis, inclusive para o pagamento dos requisitórios expedidos nos exercícios de 2023, 2024, 2025 e 2026, quando excedentes do subteto fixado pelo art. 107-A do ADCT, deduzidas as dotações orçamentárias que seriam previstas nas respectivas propostas orçamentárias caso houvesse o multicitado subteto.

G) O PEDIDO PARA QUE OS CRÉDITOS DE PRECATÓRIOS NÃO QUITADOS SEJAM JUDICIALMENTE RECONHECIDOS COMO CRÉDITOS EXTRAORDINÁRIOS

Diante da solicitação da União para reclassificação das despesas relacionadas ao pagamento dos precatórios, a Advocacia-Geral da União requer ao Supremo Tribunal Federal que reconheça a urgência e imprevisibilidade decorrentes do pagamento imediato dos precatórios acumulados. Isso permitiria que o Poder Executivo solicitasse a abertura de créditos extraordinários para quitar esses passivos.

No que diz respeito à disciplina da abertura de créditos adicionais no orçamento, o artigo 41 da Lei 4.320/64 classifica esses créditos em suplementares, especiais e extraordinários. A Constituição Federal, por sua vez, estabelece as características do crédito extraordinário no artigo 167, § 3º. Importante ressaltar que a Emenda Constitucional 114 sugere a possibilidade de utilização de créditos adicionais para pagamento de precatórios que excederam o teto, nos casos de realização de acordo com deságio de 40%. A disposição não faz menção a créditos extraordinários, veja-se:

§ 7º Na situação prevista no § 3º deste artigo, para os precatórios não incluídos na proposta orçamentária de 2022, os valores necessários à sua quitação serão providenciados pela abertura de créditos adicionais durante o exercício de 2022.

É fundamental compreender que a abertura de créditos orçamentários adicionais requer autorização do Poder Legislativo, conforme previsto na Constituição, em especial, o artigo 167, V. Nesse sentido, é relevante mencionar a teoria da *responsive judicial review*, desenvolvida por Roselind Dixon, professora da Faculdade de Direito da University of New South Wales, na Austrália. Essa teoria enfatiza a necessidade de deferência das Cortes Constitucionais às normas criadas pelo Parlamento.

A teoria de *responsive judicial review* de Dixon também considera a dualidade da intervenção do Judiciário, que pode ser *strong* ou *weak*, dependendo do caso. A intervenção forte não permite alternativas ao executor da decisão, enquanto a intervenção fraca proporciona maior flexibilidade na implementação da decisão. Nas palavras da autora:

Ao mesmo tempo, é importante notar uma importante dualidade ou qualidade de Janus na ideia de revisão judicial responsiva: como teoria, procura simultaneamente defender uma intervenção judicial forte e assertiva em defesa da democracia e uma intervenção judicial mais fraca, mais dialógica e abordagem calibrada por parte dos juízes para rever certas formas de decisão democrática razoável. Na maioria dos casos, isto também leva à adoção de uma forma de revisão judicial fraca-forte ou forte-fraca – ou combinação de elementos de força e fraqueza judicial, calibrados à natureza e às especificidades do caso.

No caso em questão, a legislação oferece a opção de abertura de créditos adicionais pelo Poder Executivo para quitar o passivo de precatórios resultante das Emendas Constitucionais 113 e 114/21. Portanto, a pretensão da União de abrir créditos adicionais para pagamento é legítima.

Nestes termos, em vista da excepcionalidade do caso e especialmente a possibilidade de comprometimento da aprovação da Lei de Diretrizes Orçamentárias, mostra-se possível, inclusive, a edição de Medida Provisória para a abertura do crédito extraordinário (ADI 4048

MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, DJe de 22/08/2008)

A situação subsume-se exatamente a um modelo de *judicial review* em que a forma de cumprimento da ordem judicial já está prescrita no ordenamento, mostrando-se pertinente a opção pugnada pela Administração.

Com efeito, a ordem para pagamento imediato do passivo de precatórios denota seu aspecto assertivo, no que impõe ao administrador a prática da conduta. Doutro tanto, a maneira pela qual a ordem deve ser cumprida insere-se na situação dialógica referenciada alhures, visto que, dentre as opções existentes para o cumprimento da determinação, é possível a abertura de créditos extraordinários, tal como mencionado pela União.

Dessarte, fica autorizada à União a abertura de créditos extraordinários necessários ao pagamento imediato dos precatórios expedidos e não pagos visto que atendidos, no caso concreto, os requisitos constitucionais da imprevisibilidade e urgência previstos no § 3º do art. 167 da CRFB, deduzidas as dotações orçamentárias já previstas na proposta orçamentária para o exercício de 2024, sendo possível inclusive a edição de medida provisória para o pagamento ainda no exercício corrente.

H) A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO DAS OUTRAS DISPOSIÇÕES DO ART. 2º DA EMENDA CONSTITUCIONAL 114/2021

A partir das premissas fixadas anteriormente tem-se que alguns dispositivos acrescidos ao ADCT pela Emenda Constitucional 114/21 não mais possuem substrato para se manter no ordenamento constitucional.

Considerando que o subteto para o pagamento dos precatórios somente deve vigorar no exercício de 2022, todas as disposições que assentavam a aplicação da sistemática para além daquele ano devem ser expungidas da Constituição.

Assim, a partir da exegese imposta pelo Supremo Tribunal Federal

ao art. 2º da Emenda Constitucional 114/2021, nos termos deste voto, as seguintes modificações constitucionais devem ser declaradas inconstitucionais com supressão de texto, por arrastamento, a saber: art. 107-A, §§ 3º, 5º e 6º. Transcreve-se:

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 107-A e 118:

"Art. 107-A. Até o fim de 2026, fica estabelecido, para cada exercício financeiro, limite para alocação na proposta orçamentária das despesas com pagamentos em virtude de sentença judiciária de que trata o art. 100 da Constituição Federal, equivalente ao valor da despesa paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos, corrigido na forma do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, devendo o espaço fiscal decorrente da diferença entre o valor dos precatórios expedidos e o respectivo limite ser destinado ao programa previsto no parágrafo único do art. 6º e à seguridade social, nos termos do art. 194, ambos da Constituição Federal, a ser calculado da seguinte forma:

I - no exercício de 2022, o espaço fiscal decorrente da diferença entre o valor dos precatórios expedidos e o limite estabelecido no caput deste artigo deverá ser destinado ao programa previsto no parágrafo único do art. 6º e à seguridade social, nos termos do art. 194, ambos da Constituição Federal;

II - no exercício de 2023, pela diferença entre o total de precatórios expedidos entre 2 de julho de 2021 e 2 de abril de 2022 e o limite de que trata o caput deste artigo válido para o exercício de 2023;
e

III - nos exercícios de 2024 a 2026, pela diferença entre o total de precatórios expedidos entre 3 de abril de dois anos anteriores e 2 de abril do ano anterior ao exercício e o limite de que trata o caput deste artigo válido para o mesmo exercício.

§ 1º O limite para o pagamento de precatórios corresponderá, em cada exercício, ao limite previsto no caput deste artigo, reduzido da projeção para a despesa com o pagamento de requisições de pequeno valor para o mesmo exercício, que terão prioridade no pagamento.

§ 2º Os precatórios que não forem pagos em razão do previsto neste artigo terão prioridade para pagamento em exercícios seguintes, observada a ordem cronológica e o disposto no § 8º deste artigo.

§ 3º É facultado ao credor de precatório que não tenha sido pago em razão do disposto neste artigo, além das hipóteses previstas no § 11 do art. 100 da Constituição Federal e sem prejuízo dos procedimentos previstos nos §§ 9º e 21 do referido artigo, optar pelo recebimento,

mediante acordos diretos perante Juízos Auxiliares de Conciliação de Pagamento de Condenações Judiciais contra a Fazenda Pública Federal, em parcela única, até o final do exercício seguinte, com renúncia de 40% (quarenta por cento) do valor desse crédito.

§ 4º O Conselho Nacional de Justiça regulamentará a atuação dos Presidentes dos Tribunais competentes para o cumprimento deste artigo.

§ 5º Não se incluem no limite estabelecido neste artigo as despesas para fins de cumprimento do disposto nos §§ 11, 20 e 21 do art. 100 da Constituição Federal e no § 3º deste artigo, bem como a atualização monetária dos precatórios inscritos no exercício.

§ 6º Não se incluem nos limites estabelecidos no art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o previsto nos §§ 11, 20 e 21 do art. 100 da Constituição Federal e no § 3º deste artigo.

§ 7º Na situação prevista no § 3º deste artigo, para os precatórios não incluídos na proposta orçamentária de 2022, os valores necessários à sua quitação serão providenciados pela abertura de créditos adicionais durante o exercício de 2022.

§ 8º Os pagamentos em virtude de sentença judiciária de que trata o art. 100 da Constituição Federal serão realizados na seguinte ordem:

I - obrigações definidas em lei como de pequeno valor, previstas no § 3º do art. 100 da Constituição Federal;

II - precatórios de natureza alimentícia cujos titulares, originários ou por sucessão hereditária, tenham no mínimo 60 (sessenta) anos de idade, ou sejam portadores de doença grave ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei, até o valor equivalente ao triplo do montante fixado em lei como obrigação de pequeno valor;

III - demais precatórios de natureza alimentícia até o valor equivalente ao triplo do montante fixado em lei como obrigação de pequeno valor;

IV - demais precatórios de natureza alimentícia além do valor previsto no inciso III deste parágrafo;

V - demais precatórios."

"Art. 118. Os limites, as condições, as normas de acesso e os demais requisitos para o atendimento do disposto no parágrafo único do art. 6º e no inciso VI do caput do art. 203 da Constituição Federal serão determinados, na forma da lei e respectivo regulamento, até 31 de dezembro de 2022, dispensada, exclusivamente no exercício de 2022, a observância das limitações legais quanto à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de

despesa no referido exercício.

O fundamento para o reconhecimento da inconstitucionalidade por reverberação nestes casos é a conexão direta das disposições com os dispositivos julgados inconstitucionais nesta decisão. Considerando que o limite de pagamento não mais vigorará, falece de qualquer sentido o estabelecimento de regras especiais para o regime.

I) DOS OUTROS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS NA PRESENTE AÇÃO DIRETA

I.I ART. 100, §§ 9º E 11, DA CONSTITUIÇÃO - O ENCONTRO DE CONTAS

A partir da redação estabelecida pela Emenda Constitucional 113/2021, o § 9º do art. 100 da Constituição Federal passou a ter a seguinte redação:

Art. 100. ...

§ 9º Sem que haja interrupção no pagamento do precatório e mediante comunicação da Fazenda Pública ao Tribunal, o valor correspondente aos eventuais débitos inscritos em dívida ativa contra o credor do requisitório e seus substituídos deverá ser depositado à conta do juízo responsável pela ação de cobrança, que decidirá pelo seu destino definitivo.

Os autores das ações diretas questionam a validade da disposição. Argumenta-se que a emenda em questão teria reeditado a chamada “compensação compulsória”, anteriormente estabelecida na Emenda Constitucional 62/09, declarada inconstitucional por este Supremo Tribunal Federal nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357 e 4.425. Asseveram violação aos artigos 1º, *caput*, 2º e 5º, I, XXXV, XXXVI, LXXVII e LIII, da CRFB/88.

Resumidamente, alega-se agressão à duração razoável do processo, visto que a parte poderá ser demandada a aguardar período maior para receber seu crédito; à isonomia, porquanto haveria cobrança executiva diferenciada para os titulares de créditos públicos, além da separação de poderes.

Ab initio, convém ressaltar que a redação do art. 100, § 9º, da CRFB,

estabelecida pela Emenda 113/2021, contém a mesma ideia daquela declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes invocados. Veja-se as duas redações, *in verbis*:

§ 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. (Redação da Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 9º Sem que haja interrupção no pagamento do precatório e mediante comunicação da Fazenda Pública ao Tribunal, o valor correspondente aos eventuais débitos inscritos em dívida ativa contra o credor do requisitório e seus substituídos deverá ser depositado à conta do juízo responsável pela ação de cobrança, que decidirá pelo seu destino definitivo. (Redação da Emenda Constitucional nº 113/2021)

Os precedentes do Tribunal não deixam dúvidas quanto à ilegitimidade da sistemática. O item 4 da ementa de julgamento da ADI 4357, Rel. Min. Ayres Britto, Redator p/ acórdão o Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, DJe 26/09/2014, não permite maiores digressões:

(...)

4. A compensação dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatórios, previsto nos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal, incluídos pela EC nº 62/09, embaraça a efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), desrespeita a coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI), vulnera a Separação dos Poderes (CF, art. 2º) e ofende a isonomia entre o Poder Público e o particular (CF, art. 5º, caput), cânone essencial do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, caput).

(...)

Doutro tanto, o § 11 do art. 100, incluído pela Emenda Constitucional 113/21, merece uma análise mais detida de seus termos. As hipóteses elencadas no dispositivo franqueiam ao cidadão a utilização de seu crédito em situações diversas do recebimento em dinheiro. *In verbis*:

§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei do ente federativo devedor, com auto aplicabilidade para a União, a oferta de créditos líquidos e certos que originalmente lhe são próprios ou adquiridos de terceiros reconhecidos pelo ente federativo ou por decisão judicial transitada em julgado para:

I - quitação de débitos parcelados ou débitos inscritos em dívida ativa do ente federativo devedor, inclusive em transação resolutiva de litígio, e, subsidiariamente, débitos com a administração autárquica e fundacional do mesmo ente;

II - compra de imóveis públicos de propriedade do mesmo ente disponibilizados para venda;

III - pagamento de outorga de delegações de serviços públicos e demais espécies de concessão negocial promovidas pelo mesmo ente;

IV - aquisição, inclusive minoritária, de participação societária, disponibilizada para venda, do respectivo ente federativo; ou

V - compra de direitos, disponibilizados para cessão, do respectivo ente federativo, inclusive, no caso da União, da antecipação de valores a serem recebidos a título do excedente em óleo em contratos de partilha de petróleo.

Prima facie não se vislumbra inconstitucionalidade chapada na medida, máxime sob a perspectiva de que ela representa a possibilidade de circulação dos recursos econômicos consignados no precatório.

Inobstante, chama a atenção a previsão exclusiva para os créditos da União em relação aos quais a prerrogativa de compensação por parte do credor mostrar-se irrestrita, visto que, assevera o dispositivo, sua auto aplicabilidade para os precatórios federais. É dizer que inexistente qualquer possibilidade de a União estabelecer regras e limitações ao exercício do direito compensatório, ou seja, o dispositivo constitucional criou uma cláusula totalmente potestativa, submetida a uma vontade arbitrária do credor, impondo ao ente federal seu jugo a tais ditames.

Buscando um contexto sistemático, é possível que esta prerrogativa absoluta deferida ao credor tenha sido instituída no afã de dar liquidez aos precatórios federais, considerando que a existência de um teto para pagamento no âmbito da União criava uma retenção dos recursos titularizados pelos particulares. A lógica posta na Emenda Constitucional instituída um mecanismo que limitava os pagamentos por parte da

Administração, por meio de um teto máximo, mas dava liquidez aos créditos do cidadão, que poderia, em detrimento de algumas receitas públicas e de maneira absolutamente potestativa, utilizar seus direitos a receber.

Com o reconhecimento da incompatibilidade do limite de gastos com direitos fundamentais, a regra irrestrita do § 11 perde seu sustentáculo jurídico. Na forma em que restou estabelecida, há comprometimento severo da distribuição das prerrogativas das partes na relação compensatória.

Dessa forma, a partir do reconhecimento da inconstitucionalidade do subteto de gastos, o regime de compensação de precatórios titularizados pelo cidadão deve receber interpretação conforme a constituição para que seja afastada a expressão “com auto aplicabilidade para a União” do caput do § 11 do art. 100 da Constituição, de modo a se consignar a possibilidade de o ente federal, assim como os subnacionais, definirem os termos em que o encontro de contas pode ser realizado

Outrossim, considerando que a compensação compulsória não se mostra acorde com o Texto Constitucional, cabe a declaração de inconstitucionalidade do § 9º do art. 100, ressalvando-se as compensações que já tenham sido efetivadas com base nos §§ 9º e 11 do art. 100 da Constituição Federal.

I.II. ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL 113/21 - A UTILIZAÇÃO DA TAXA SELIC

A Emenda Constitucional 113/2021, em seu art. 3º, unificou o índice de atualização monetária, remuneração do capital e de compensação da mora nas discussões e condenações que envolvam a Fazenda Pública. Estabeleceu a adoção única da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC), acumulado mensalmente. Eis o teor da disposição:

Art. 3º Nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até

o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente.

Consabe-se que atualmente a forma de atualização, remuneração do capital e cálculo da mora nos débitos de titularidade da Fazenda Pública se dá por uma miríade de índices e fatores, a depender do momento da dívida e da regra intertemporal aplicável.

A verificação é extraída das conclusões postas no julgamento do tema 810 de Repercussão Geral, de minha relatoria, bem como na questão de ordem, julgada na ADI 4425, também de minha relatoria. *Verbis:*

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal

supramencionado. 2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. 3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIW, N.G. *Macroeconomia*. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. *Macroeconomia*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. *Macroeconomia*. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29). 4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços. 5. Recurso extraordinário parcialmente provido. (RE 870947, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017, DJe 20/11/2017)

Ementa: QUESTÃO DE ORDEM. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a

proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). Precedentes do STF: ADI nº 2.240; ADI nº 2.501; ADI nº 2.904; ADI nº 2.907; ADI nº 3.022; ADI nº 3.315; ADI nº 3.316; ADI nº 3.430; ADI nº 3.458; ADI nº 3.489; ADI nº 3.660; ADI nº 3.682; ADI nº 3.689; ADI nº 3.819; ADI nº 4.001; ADI nº 4.009; ADI nº 4.029. 2. In casu, modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs nº 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016. 3. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária. 4. Quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: (i) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; (ii) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado. 5. Durante o período fixado no item 2 acima, ficam mantidas (i) a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT) e (ii) as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, §10, do ADCT). 6. Delega-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e

(ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório. 7. Atribui-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão. (ADI 4425 QO, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2015, DJe 04/08/2015)

A tese firmada no tema repetitivo nº 905 pelo Superior Tribunal de Justiça produz um resumo dos momentos e dos índices aplicáveis em cada caso:

1. *Correção monetária: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza.*

1.1 *Impossibilidade de fixação apriorística da taxa de correção monetária.*

No presente julgamento, o estabelecimento de índices que devem ser aplicados a título de correção monetária não implica pré-fixação (ou fixação apriorística) de taxa de atualização monetária. Do contrário, a decisão baseia-se em índices que, atualmente, refletem a correção monetária ocorrida no período correspondente. Nesse contexto, em relação às situações futuras, a aplicação dos índices em comento, sobretudo o INPC e o IPCA-E, é legítima enquanto tais índices sejam capazes de captar o fenômeno inflacionário.

1.2 *Não cabimento de modulação dos efeitos da decisão.*

A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório.

2. *Juros de mora: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária.*

3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação.

3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral.

As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.

3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos.

As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E.

3.1.2 Condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas.

No âmbito das condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas existem regras específicas, no que concerne aos juros moratórios e compensatórios, razão pela qual não se justifica a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital.

3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária.

As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009).

3.3 Condenações judiciais de natureza tributária.

A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de débitos tributários devem corresponder às utilizadas na

cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.

4. Preservação da coisa julgada.

Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, cumpre ressaltar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, cuja constitucionalidade/legalidade há de ser aferida no caso concreto.

Verifica-se que a pretensão posta na Emenda Constitucional é a de simplificar a forma pela qual os débitos da Fazenda Pública são atualizados, unificando a correção em um único índice.

Mencione-se que o Conselho Nacional de Justiça promoveu a adequação normativa das disposições da Resolução 303, de 18 de dezembro de 2019, que trata do procedimento de expedição e pagamento de precatórios no âmbito dos Tribunais do país. Veja-se a atual redação dos arts. 21 a 21-A da Resolução:

Art. 21. A partir de dezembro de 2021, e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e de compensação da mora, os precatórios, independentemente de sua natureza, serão corrigidos pelo índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente. (redação dada pela Resolução n. 448, de 25.3.2022)

Art. 21-A Os precatórios não tributários requisitados anteriormente a dezembro de 2021 serão atualizados a partir de sua data-base mediante os seguintes indexadores: (incluído pela Resolução n. 448, de 25.3.2022)

- I – ORTN - de 1964 a fevereiro de 1986;*
- II – OTN - de março de 1986 a janeiro de 1989;*
- III – IPC / IBGE de 42,72% - em janeiro de 1989;*
- IV – IPC / IBGE de 10,14% - em fevereiro de 1989;*
- V – BTN - de março de 1989 a março de 1990;*
- VI – IPC/IBGE - de março de 1990 a fevereiro de 1991;*
- VII – INPC - de março de 1991 a novembro de 1991;*
- VIII – IPCA-E/IBGE - em dezembro de 1991;*
- IX – UFIR - de janeiro de 1992 a dezembro de 2000;*

X – IPCA-E / IBGE - de janeiro de 2001 a 9 de dezembro de 2009;

XI – Taxa Referencial (TR) – 10 de dezembro de 2009 a 25 de março de 2015;

XII – IPCA-E/ IBGE - de 26.03.2015 a 30 de novembro de 2021;

XIII – Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) - de dezembro de 2021 em diante.

§ 1º Antes do momento definido no caput deste artigo observar-se-ão os índices de atualização previstos no título executivo ou na conta de liquidação. (incluído pela Resolução n. 448, de 25.3.2022)

§ 2º Para os precatórios expedidos no âmbito da administração pública federal, aplicar-se-á o IPCA-E como índice de atualização no período de vigência dos arts. 27 das Leis no 12.919/2013 e 13.080/2015. (incluído pela Resolução n. 448, de 25.3.2022)

A simples leitura da mixórdia de regras a respeito da forma pela qual se faz a atualização do valor devido pela Fazenda Pública denota que o sistema não se mostra nem um pouco funcional.

A unificação dos índices de correção em um único fator mostra-se desejável por questões de praticabilidade. Adotando o sentido técnico da expressão consagrada pela Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Regina Helena Costa, podemos dizer que “a praticabilidade, também conhecida como praticidade, pragmatismo ou factibilidade, pode ser traduzida, em sua acepção jurídica, no conjunto de técnicas que visam a viabilizar a adequada execução do ordenamento jurídico”.

Cuida-se de um princípio difuso no sistema jurídico, imposto a partir de primados maiores como a segurança jurídica e a isonomia que impõem ao Estado o dever de tornar exequível o conjunto de regras estabelecido para a convivência em sociedade.

A atual sistemática de atualização dos precatórios não se mostra nem um pouco adequada e minimamente razoável em vista do sem número de regras a serem seguidas quando da realização do pagamento do requisitório.

Desse modo, a unificação realizada pelo art. 3º da Emenda Constitucional 113/21 não se mostra objeto de contenda na petição inicial

das ações diretas em julgamento. O ponto questionado diz apenas com o índice utilizado para a padronização da atualização monetária dos valores devidos.

Nas palavras das entidades requerentes, a taxa SELIC não representaria a perda de valor da moeda, e, portanto, não poderia ser utilizada no desiderato em que aplicada. Invocam, nesse sentido, o precedente formado nas multicitadas ADIs 4425 e 4357, em que o STF entendeu que o índice que corrige a caderneta de poupança não poderia ser utilizado neste mesmo mister, visto que não se presta à correção do valor da moeda no tempo.

Cumpra esclarecer que Taxa Referencial e taxa SELIC, índices questionados pelo mesmo fundamento, não são idênticos; sequer assemelhados. Conforme já decidiu este Supremo Tribunal Federal, a utilização da taxa SELIC para a correção de débitos judiciais na Justiça do Trabalho em substituição à Taxa Referencial é plenamente legítima. Eis a ementa da ADC 58, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2020, DJe 07/04/2021:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE. ÍNDICES DE CORREÇÃO DOS DEPÓSITOS RECURSAIS E DOS DÉBITOS JUDICIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 879, §7º, E ART. 899, §4º, DA CLT, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.467, DE 2017. ART. 39, CAPUT E §1º, DA LEI 8.177 DE 1991. POLÍTICA DE CORREÇÃO MONETÁRIA E TABELAMENTO DE JUROS. INSTITUCIONALIZAÇÃO DA TAXA REFERENCIAL (TR) COMO POLÍTICA DE DESINDEXAÇÃO DA ECONOMIA. TR COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF. APELO AO LEGISLADOR. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES, PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AO ART. 879, §7º, E AO ART. 899, §4º, DA CLT, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.467, DE 2017. MODULAÇÃO DE EFEITOS. 1. A exigência quanto à configuração de controvérsia judicial ou de controvérsia jurídica para

conhecimento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) associa-se não só à ameaça ao princípio da presunção de constitucionalidade – esta independe de um número quantitativamente relevante de decisões de um e de outro lado –, mas também, e sobretudo, à invalidação prévia de uma decisão tomada por segmentos expressivos do modelo representativo. 2. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, decidindo que a TR seria insuficiente para a atualização monetária das dívidas do Poder Público, pois sua utilização violaria o direito de propriedade. Em relação aos débitos de natureza tributária, a quantificação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança foi reputada ofensiva à isonomia, pela discriminação em detrimento da parte processual privada (ADI 4.357, ADI 4.425, ADI 5.348 e RE 870.947-RG – tema 810). 3. A indevida utilização do IPCA-E pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) tornou-se confusa ao ponto de se imaginar que, diante da inaplicabilidade da TR, o uso daquele índice seria a única consequência possível. A solução da Corte Superior Trabalhista, todavia, lastreia-se em uma indevida equiparação da natureza do crédito trabalhista com o crédito assumido em face da Fazenda Pública, o qual está submetido a regime jurídico próprio da Lei 9.494/1997, com as alterações promovidas pela Lei 11.960/2009. 4. A aplicação da TR na Justiça do Trabalho demanda análise específica, a partir das normas em vigor para a relação trabalhista. A partir da análise das repercussões econômicas da aplicação da lei, verifica-se que a TR se mostra inadequada, pelo menos no contexto da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), como índice de atualização dos débitos trabalhistas. 5. Confere-se interpretação conforme à Constituição ao art. 879, §7º, e ao art. 899, §4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467, de 2017, definindo-se que, até que sobrevenha solução legislativa, deverão ser aplicados à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as hipóteses de condenações cíveis em geral (art. 406 do Código Civil), à exceção das dívidas da Fazenda Pública que possui regramento específico (art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009), com a exegese conferida por esta Corte na ADI 4.357, ADI 4.425, ADI 5.348 e no RE 870.947-RG (tema 810). 6. Em relação à fase extrajudicial, ou seja, a que antecede o ajuizamento das ações trabalhistas, deverá ser utilizado como indexador o IPCA-E acumulado no período de janeiro a dezembro de

2000. A partir de janeiro de 2001, deverá ser utilizado o IPCA-E mensal (IPCA-15/IBGE), em razão da extinção da UFIR como indexador, nos termos do art. 29, § 3º, da MP 1.973-67/2000. Além da indexação, serão aplicados os juros legais (art. 39, caput, da Lei 8.177, de 1991). 7. Em relação à fase judicial, a atualização dos débitos judiciais deve ser efetuada pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, considerando que ela incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95; 84 da Lei 8.981/95; 39, § 4º, da Lei 9.250/95; 61, § 3º, da Lei 9.430/96; e 30 da Lei 10.522/02). A incidência de juros moratórios com base na variação da taxa SELIC não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária, cumulação que representaria bis in idem. 8. A fim de garantir segurança jurídica e isonomia na aplicação do novo entendimento, fixam-se os seguintes marcos para modulação dos efeitos da decisão: (i) são reputados válidos e não ensejarão qualquer rediscussão, em ação em curso ou em nova demanda, incluindo ação rescisória, todos os pagamentos realizados utilizando a TR (IPCA-E ou qualquer outro índice), no tempo e modo oportunos (de forma extrajudicial ou judicial, inclusive depósitos judiciais) e os juros de mora de 1% ao mês, assim como devem ser mantidas e executadas as sentenças transitadas em julgado que expressamente adotaram, na sua fundamentação ou no dispositivo, a TR (ou o IPCA-E) e os juros de mora de 1% ao mês; (ii) os processos em curso que estejam sobrestados na fase de conhecimento, independentemente de estarem com ou sem sentença, inclusive na fase recursal, devem ter aplicação, de forma retroativa, da taxa Selic (juros e correção monetária), sob pena de alegação futura de inexigibilidade de título judicial fundado em interpretação contrária ao posicionamento do STF (art. 525, §§ 12 e 14, ou art. 535, §§ 5º e 7º, do CPC). 9. Os parâmetros fixados neste julgamento aplicam-se aos processos, ainda que transitados em julgado, em que a sentença não tenha consignado manifestação expressa quanto aos índices de correção monetária e taxa de juros (omissão expressa ou simples consideração de seguir os critérios legais). 10. Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas parcialmente procedentes.

Consectariamente, o precedente formado nas ADIs 4425 e 4357, que julgou inconstitucional a aplicação da Taxa Referencial para a atualização dos valores dos precatórios, não ostenta plena aderência ao caso presente, em que o índice em debate é a taxa SELIC.

As alegações postas pelas entidades requerentes dirigem-se ao fato de que a taxa SELIC não representaria índice inflacionário e a fixação de seu percentual estaria sob a potestade da própria Administração Pública, no que não seria um índice servível ao objetivo preconizado na emenda constitucional questionada.

Não parece haja mácula na utilização da taxa SELIC na hipótese em exame.

Inicialmente deve-se repisar que desde 1995 a taxa SELIC é o índice utilizado para a atualização de valores devidos tanto pela Fazenda quanto pelo contribuinte na relações jurídico-tributárias. Sua legitimidade é reconhecida pela uníssona jurisprudência dos tribunais pátrios, estando sua aplicação pontificada na já vetusta Súmula 199, de minha relatoria, ainda quando judicava junto ao Superior Tribunal de Justiça.

Noutro tanto, tenho que a alegada dissonância entre os índices de inflação e o valor percentual da taxa SELIC não corresponde exatamente à realidade. Inobstante a SELIC seja efetivamente fixada pelo Comitê de Política Monetária do Banco Central do Brasil, fato é que suas bases estão diretamente relacionadas aos pilares econômicos do país. Acrescente-se que a partir da Lei Complementar 179/2021, a autonomia técnica do Banco Central do Brasil é um fator que afasta o argumento de que o índice seria estabelecido de maneira totalmente potestativa pela Fazenda. A lei impõe como objetivo fundamental à autoridade monetária assegurar a estabilidade de preços (art. 1º da LC 179/21). Dessarte, há elementos outros que não a mera vontade política para a fixação dos patamares da SELIC.

Ademais, a correlação entre a taxa de juros da economia e a inflação é extremamente próxima. Basta ver que um dos indicadores para que o índice se mova para mais ou para menos é justamente a projeção da inflação para os períodos subsequentes. Não há desproporcionalidade entre uma grandeza e outra como argumentam as entidades autoras, mas sim, relação direta e imediata.

Finalmente, as alegações de que o valor pago a título de SELIC prejudicam o cidadão nem sempre correspondem à realidade. No exercício de 2023, vg, a remuneração dos investimentos pela SELIC

mostrou-se bem mais vantajosa do que caso o índice utilizado fosse o IPCA. Segundo dados do IBGE, no ano de 2023, até o mês de agosto, o IPCA acumula alta de 3,23% e, nos últimos 12 meses, de 4,61%. Já a SELIC, desde junho de 2022 ao início de agosto de 2023, a taxa esteve em 13,75% ao ano, permanecendo neste patamar até o dia 02 de setembro de 2023, quando foi definida em 13,25%. À evidência, as condições macroeconômicas é que definirão a vantajosidade ou não do índice, como sói acontecer nesta matéria.

Dessa forma, considerando os elementos de praticabilidade que justificam a unificação dos índices de atualização dos precatórios, bem como o fato de a taxa SELIC representar um indicador possível para a atualização de débitos judiciais, conforme já reconheceu esta Corte, são improcedentes as alegações tecidas em face do disposto no art. 3º da EC 113/21.

I.III. ART. 100, § 5º - INCLUSÃO DOS VALORES RELATIVOS AOS PRECATÓRIOS NO ORÇAMENTO ATÉ O DIA 02 DE ABRIL DE CADA ANO

A entidade requerente impugna ainda a novel disposição encetada no § 5º do art. 100 da CRFB, que modificou o prazo limite para inclusão das dívidas relativas aos precatórios no orçamento para o exercício seguinte. Até a edição da EC 114/21, os requisitórios apresentados até o dia 1º de julho de cada ano deveriam ser incluídos no orçamento do ano seguinte para pagamento. Com a modificação constitucional, a data foi antecipada para o dia 02 de abril de cada ano.

No lapso temporal previsto na Constituição não flui qualquer encargo relativo à mora no pagamento do crédito, a não ser que este não seja quitado até o final do exercício seguinte. Este entendimento está cristalizado na Súmula Vinculante deste STF. *Verbis*:

Súmula Vinculante 17

Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.

Cuida-se do chamado “período de graça”.

A entidade requerente aduz que a modificação teve como único desiderato beneficiar a Administração, aumentando o prazo em que o pagamento pode ser efetivado sem sofrer os encargos da mora.

Ocorre que a justificativa para a alteração no prazo remonta aos prazos previstos para o encaminhamento das leis orçamentárias a que alude o art. 165 da CRFB/88.

Conforme termos da disposição constitucional, a execução orçamentária deverá ser antecedida da aprovação de um Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e, finalmente, da própria Lei Orçamentária Anual. Cuida-se de um sistema estratificado que parte das disposições mais abstratas até aquela mais concreta que é a própria lei orçamentária.

Assim, a lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

Já a lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, estabelecerá as diretrizes de política fiscal e respectivas metas, em consonância com trajetória sustentável da dívida pública, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Finalmente, a lei orçamentária anual conterá o demonstrativo de receitas e despesas em acordo com a legislação aprovada.

O art. 35 do ADCT estabelece que enquanto não editada lei complementar que fixe os prazos para a aprovação da legislação orçamentária, estes serão os seguintes:

I - o projeto do plano plurianual, para vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa;

II - o projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa;

III - o projeto de lei orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.

Das disposições do ADCT verifica-se que a LDO precisa ser enviada ao Congresso até o dia 15 de abril de cada exercício financeiro.

Como exposto, a LDO conterà, dentre outras disposições, as diretrizes de política fiscal e respectivas metas, em consonância com trajetória sustentável da dívida pública.

Com efeito, de tudo o que já se discutiu nesta ADI, é forçoso reconhecer que as dívidas decorrentes do pagamento dos precatórios são uma parcela extremamente relevante do orçamento público. Consectariamente, é praticamente impossível ao gestor público descrever metas e trajetória sustentável da dívida pública sem levar em consideração o quanto terá de despender a título de pagamento em condenações judiciais.

Na sistemática anterior à mudança constitucional, o precatório deveria ser expedido até o dia 1º de julho de cada ano para figurar na lei orçamentária anual aprovada no mesmo exercício que seria executada no ano seguinte.

No entanto, quaisquer precatórios encaminhados no lapso entre o dia 16 de abril e 1º de julho poderiam constar da lei orçamentária sem que figurassem na lei de diretrizes orçamentárias já encaminhada ao Congresso. A situação desconsiderava uma das premissas pela qual o regime de precatórios é adotado: permitir ao gestor público previsibilidade dos dispêndios, de modo a equalizar a dívida pública.

A determinação para que os precatórios sejam enviados até o dia 02 de abril permite à Administração provisionar os valores que serão despendidos com o pagamento das condenações, tornando mais realista a perspectiva de equacionamento da dívida que constará da lei

orçamentária.

É fato que a mudança promoveu um aumento no prazo do chamado “período de graça” para o pagamento da dívida. No entanto, há justificativas consubstanciadas nos princípios da gestão fiscal responsável que permitem reconhecer a proporcionalidade e a razoabilidade da alteração.

I.IV. ART. 6º DA EC 114/21 - COMISSÃO MISTA PARA EXAME ANALÍTICO DOS PRECATÓRIOS.

A entidade requerente impugna ainda o teor do art. 6º da Emenda Constitucional 113/2021, assim redigido:

Art. 6º No prazo de 1 (um) ano a contar da promulgação desta Emenda Constitucional, o Congresso Nacional promoverá, por meio de comissão mista, exame analítico dos atos, dos fatos e das políticas públicas com maior potencial gerador de precatórios e de sentenças judiciais contrárias à Fazenda Pública da União.

§ 1º A comissão atuará em cooperação com o Conselho Nacional de Justiça e com o auxílio do Tribunal de Contas da União e poderá requisitar informações e documentos de órgãos e entidades da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, buscando identificar medidas legislativas a serem adotadas com vistas a trazer maior segurança jurídica no âmbito federal.

§ 2º O exame de que trata o caput deste artigo analisará os mecanismos de aferição de risco fiscal e de prognóstico de efetivo pagamento de valores decorrentes de decisão judicial, segregando esses pagamentos por tipo de risco e priorizando os temas que possuam maior impacto financeiro.

§ 3º Apurados os resultados, o Congresso Nacional encaminhará suas conclusões aos presidentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, para a adoção de medidas de sua competência.

Aduz a Ordem dos Advogados do Brasil que o estabelecimento de uma comissão de controle externo junto ao Poder Legislativo para avaliação dos precatórios expedidos pelo Poder Judiciário destoa do sistema de separação de poderes posto na Constituição Federal.

Razão assiste à requerente.

A Constituição Federal esquadrinha a distribuição de competências em matéria orçamentária de modo a equilibrar o sistema de freios e contrapesos. Assim é que compete ao Poder Judiciário encaminhar sua proposta orçamentária ao Poder Executivo que a consolida com o orçamento dos demais poderes e envia ao Congresso para apreciação e aprovação.

Nestas propostas, à evidência, consta o montante a ser dispendido com o pagamento de condenações judiciais, o que é objeto de avaliação pelos três poderes em questão.

O dispositivo havido da Emenda Constitucional 114/21 subverte a ordem de atribuições, impondo um controle sobre a atividade tanto do Poder Executivo, condenado em demandas judiciais, quanto do Poder Judiciário, que julga o melhor direito e condena o Estado a pagar o cidadão.

De se ver que o papel que está sendo atribuído à referida comissão já é desempenhado pelos órgãos do Poder Executivo que exercem a defesa e representação judicial da União, em âmbito federal, e pelos Presidentes dos Tribunais, que, com base em regulamentação do Conselho Nacional de Justiça atestam a lisura do ofício precatório e o encaminham para inclusão no orçamento.

Em verdade, no âmbito federal, a Advocacia-Geral da União já trabalha em atividades de prevenção de perdas em desfavor do Estado. A elaboração dos relatórios de riscos fiscais por parte da entidade foi recentemente consolidada com a edição do Decreto 11.379, de 12 de janeiro de 2023, do Conselho e do Comitê de Acompanhamento e Monitoramento de Riscos Fiscais, que tem por objetivo propor medidas de aprimoramento da governança de riscos fiscais judiciais da União, das suas autarquias e das suas fundações.

Além disso, a entidade vem executando um trabalho de redução de litigiosidade. Exemplo disso são as medidas tomadas administrativamente para que as decisões tomadas pelos Tribunais Superiores e que tenham efeito vinculante sejam, de imediato, cumpridas

pelos órgãos administrativos do Poder Executivo, especialmente Receita Federal do Brasil e INSS (veja-se Portaria PGFN 502/2016 e Portaria PGU/AGU 03/2021)

No fim do dia, seria tautológico atribuir ao próprio Poder Legislativo o controle de medidas que, na maioria das vezes, ele mesmo editou e foram desaprovadas, de maneira definitiva, pelo Poder Judiciário, resultando na expedição dos precatórios. O papel estratégico de avaliar o conjunto de decisões desfavoráveis e encaminhar eventual proposta de solução compete aos órgãos de representação judicial que atuam nos feitos e, em conjunto com os órgãos do Poder Judiciário, possuem a visão de contexto das situações.

Dessarte, submeter a condenação judicial ao escrutínio de uma Comissão formada no âmbito do Poder Legislativo parece modificar o eixo de sustentação do sistema de separação de poderes, no que a medida deve ser declarada inconstitucional.

I.V. ARTIGOS 5º DA EMENDA CONSTITUCIONAL 113/21 E 8º DA EMENDA CONSTITUCIONAL 114/21

Impugnam-se ainda as disposições que estabeleceram o momento da entrada em vigor das novéis disposições relativas ao regime de precatórios. *In verbis*:

Emenda Constitucional nº 113/2021

Art. 5º As alterações relativas ao regime de pagamento dos precatórios aplicam-se a todos os requisitórios já expedidos, inclusive no orçamento fiscal e da seguridade social do exercício de 2022.

Emenda Constitucional nº 114/2021

Art. 8º Esta Emenda Constitucional entra em vigor:

I - a partir de 2022, para a alteração do § 5º do art. 100 da Constituição Federal, constante do art. 1º desta Emenda Constitucional;

II - na data de sua publicação, para os demais dispositivos.

Aduz a entidade autora que as normas em referência não poderiam alcançar os requisitórios já expedidos para inclusão no orçamento em 2022, sob pena de mácula aos princípios da irretroatividade e da segurança jurídica.

Convém de início estabelecer que o trâmite desde a expedição do precatório até sua inclusão no orçamento para pagamento inclui procedimentos distintos, um de natureza jurisdicional e outro de natureza administrativa. Na execução proposta contra a Fazenda Pública, a atividade judicial de primeiro grau é cumprida e acabada com a expedição do precatório por parte do juízo exequente. A partir daí, o que se desenvolve é a atividade do Presidente do Tribunal quanto ao encaminhamento a ser dado à ordem de pagamento.

Vislumbra-se os dois momentos distintos para a cobrança da condenação judicial: o primeiro, que envolve atividade jurisdicional, que se encerra com a expedição do precatório; o segundo, de natureza administrativa, levado a efeito pelo Presidente do Tribunal respectivo, que concerne ao encaminhamento do ofício ao Poder Executivo para inclusão do valor relativo ao precatório no orçamento. Este entendimento pela existência de dois procedimentos distintos já foi perfilhado pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 1098, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/1996, DJ 25/10/1996). Veja-se:

PRECATÓRIO - OBJETO. Os preceitos constitucionais direcionam à liquidação dos débitos da Fazenda. O sistema de execução revelado pelos precatórios longe fica de implicar a perpetuação da relação jurídica devedor-credor. PRECATÓRIO - TRAMITAÇÃO - REGÊNCIA. Observadas as balizas constitucionais e legais, cabe ao Tribunal, mediante dispositivos do Regimento, disciplinar a tramitação dos precatórios, a fim de que possam ser cumpridos. PRECATÓRIO - TRAMITAÇÃO - CUMPRIMENTO - ATO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL - NATUREZA. A ordem judicial de pagamento (§ 2º do artigo 100 da Constituição Federal), bem como os demais atos necessários a tal finalidade, concernem ao campo administrativo e não jurisdicional. A respaldá-la tem-se sempre uma sentença exequenda. PRECATÓRIO - VALOR REAL - DISTINÇÃO DE TRATAMENTO. A Carta da República homenageia a igualação dos credores. Com ela colide norma no sentido da satisfação total do débito apenas quando situado em certa faixa quantitativa. PRECATÓRIO - ATUALIZAÇÃO DE VALORES - ERROS MATERIAIS - INEXATIDÕES - CORREÇÃO - COMPETÊNCIA. Constatado erro material ou inexatidão nos

cálculos, compete ao Presidente do Tribunal determinar as correções, fazendo-o a partir dos parâmetros do título executivo judicial, ou seja, da sentença exequiênda. PRECATÓRIO - ATUALIZAÇÃO - SUBSTITUIÇÃO DE ÍNDICE. Ocorrendo a extinção do índice inicialmente previsto, o Tribunal deve observar aquele que, sob o ângulo legal, vier a substituí-lo. PRECATÓRIO - SATISFAÇÃO - CONSIGNAÇÃO - DEPÓSITO. Não se há de confundir a consignação de créditos, a ser feita ao Poder Judiciário, com o depósito do valor do precatório, de responsabilidade da pessoa jurídica devedora à qual são recolhidas, materialmente, "as importâncias respectivas" (§ 2º do artigo 100 da Constituição Federal).

Diante destes pressupostos subsume-se que a possibilidade de a nova legislação captar requisitórios já expedidos não encerra violação à irretroatividade. Muito ao contrário, a aplicação da novel legislação dá-se após o encerramento da fase judicial do procedimento e antes do início da fase administrativa. Ou seja, aplica-se após o encerramento das discussões relativas à condenação judicial do Poder Público e antes de finalizados os trâmites administrativos para a inclusão do crédito no orçamento.

Dessarte, não se vislumbram efeitos para o passado das disposições. As Emendas aprovadas em 2021 estabeleceram a produção de efeitos para o exercício seguinte, qual seja, 2022, somente para aqueles casos em que a fase judicial para pagamento do precatório já se encontrava encerrada mas que ainda não tiveram a fase administrativa concluída. Não há inconstitucionalidade.

I.VI. ARTIGO 101, § 5º, DO ADCT

Nos termos da petição inicial, as entidades autoras impugnam ainda o teor do art. 100, § 5º, do ADCT com redação determinada pelo art. 1º da Emenda Constitucional 113/21, *in verbis*:

§ 5º Os empréstimos de que trata o inciso III do § 2º deste artigo poderão ser destinados, por meio de ato do Poder Executivo, exclusivamente ao pagamento de precatórios por acordo direto com os credores, na forma do disposto no inciso III do § 8º do art. 97 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 113, de 2021)

A regra em questão é decorrente do regime especial para pagamento de precatórios vigente para Estados, Distrito Federal e Municípios, que sofreu diversas modificações desde a Emenda Constitucional 62/09. Referido regime especial de pagamentos consta dos §§ 1º e 2º do art. 97 do ADCT:

Art. 97. Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios sujeitos ao regime especial de que trata este artigo optarão, por meio de ato do Poder Executivo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

I - pelo depósito em conta especial do valor referido pelo § 2º deste artigo; ou (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

II - pela adoção do regime especial pelo prazo de até 15 (quinze) anos, caso em que o percentual a ser depositado na conta especial a que se refere o § 2º deste artigo corresponderá, anualmente, ao 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 para fins de compensação da mora, excluída a incidência de juros compensatórios, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

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

momento de opção pelo regime e mantido fixo até o final do prazo a que se refere o § 14 deste artigo, será: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

I - para os Estados e para o Distrito Federal: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

a) de, no mínimo, 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), para os Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, além do Distrito Federal, ou cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a até 35% (trinta e cinco por cento) do total da receita corrente líquida; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

b) de, no mínimo, 2% (dois por cento), para os Estados das regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a mais de 35% (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

II - para Municípios: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

a) de, no mínimo, 1% (um por cento), para Municípios das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, ou cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a até 35% (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

b) de, no mínimo, 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), para Municípios das regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a mais de 35 % (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

O ponto em questão nesta ação direta diz com a possibilidade de os entes subnacionais realizarem o pagamento dos valores relativos a precatórios aos cidadãos de maneiras alternativas à simples quitação em dinheiro na ordem cronológica de apresentação, seguindo as regras constitucionais de preferência. Dispõem os §§ 6º e 8º do ADCT:

§ 6º Pelo menos 50% (cinquenta por cento) dos recursos de que tratam os §§ 1º e 2º deste artigo serão utilizados para pagamento de precatórios em ordem cronológica de apresentação, respeitadas as preferências definidas no § 1º, para os requisitórios do mesmo ano e no § 2º do art. 100, para requisitórios de todos os anos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

(...)

§ 8º *A aplicação dos recursos restantes dependerá de opção a ser exercida por Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, por ato do Poder Executivo, obedecendo à seguinte forma, que poderá ser aplicada isoladamente ou simultaneamente: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)*

I - destinados ao pagamento dos precatórios por meio do leilão; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

II - destinados a pagamento a vista de precatórios não quitados na forma do § 6º e do inciso I, em ordem única e crescente de valor por precatório; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

III - destinados a pagamento por acordo direto com os credores, na forma estabelecida por lei própria da entidade devedora, que poderá prever criação e forma de funcionamento de câmara de conciliação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

Da leitura dos §§ 6º e 8º do art. 97 do ADCT apura-se que os meios alternativos de quitação dos precatórios, inclusive o pagamento direto com deságio por meio de composição direta com credores (inciso III do § 8º), não pode exceder a 50% dos recursos disponíveis para a quitação dos precatórios devidos (§ 6º).

Com efeito, o art. 101 do mesmo ADCT, buscando dar eficácia ao regime especial de pagamento de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, estabelece a possibilidade, dentre outros instrumentos, de os entes contratarem empréstimos para realizar o pagamento dos precatórios nos moldes referidos pelo art. 97 do ADCT. Veja-se o teor do art. 101, § 2º:

Art. 101. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, em 25 de março de 2015, se encontravam em mora no pagamento de seus precatórios quitarão, até 31 de dezembro de 2029, seus débitos vencidos e os que vencerão dentro desse período, atualizados pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), ou por outro índice que venha a substituí-lo, depositando mensalmente em conta especial do Tribunal de Justiça local, sob única e exclusiva administração deste, 1/12 (um doze avos) do valor calculado percentualmente sobre suas receitas correntes líquidas apuradas no segundo mês anterior ao mês de pagamento, em percentual suficiente para a quitação de seus débitos e, ainda que variável, nunca inferior, em cada exercício, ao percentual praticado na data da entrada em vigor do regime especial a que se refere este artigo,

em conformidade com plano de pagamento a ser anualmente apresentado ao Tribunal de Justiça local.

(...)

§ 2º O débito de precatórios será pago com recursos orçamentários próprios provenientes das fontes de receita corrente líquida referidas no § 1º deste artigo e, adicionalmente, poderão ser utilizados recursos dos seguintes instrumentos:

(...)

III - empréstimos, excetuados para esse fim os limites de endividamento de que tratam os incisos VI e VII do caput do art. 52 da Constituição Federal e quaisquer outros limites de endividamento previstos em lei, não se aplicando a esses empréstimos a vedação de vinculação de receita prevista no inciso IV do caput do art. 167 da Constituição Federal;

Verifica-se que a modalidade de empréstimo autorizada pela Constituição exorbita de quaisquer limites de endividamento, de maneira a evitar a interdição nos pagamentos a serem realizados pelos entes que cumpram os requisitos para adesão ao regime.

Neste contexto que se insere o art. 101, § 5º do ADCT questionado nesta ação direta. A disposição possibilitou a contratação do empréstimo referido no § 2º, III do dispositivo (qual seja, sem quaisquer limitações fiscais) “exclusivamente” para a modalidade de pagamento de precatórios por meio de acordo direto com o credor, modalidade na qual o titular do crédito se obriga a aceitar um deságio de 40% do valor de seu precatório.

Para todas as outras formas de quitação não é possível a contratação específica daquela modalidade de empréstimo. Nesse sentido, a possibilidade aventada na inicial é a de que sobejem recursos para o pagamento de precatórios sob a forma de acordo com deságio e falte dinheiro para a quitação de débitos na modalidade usual, qual seja, em espécie pela ordem cronológica de apresentação e em respeito às preferências constitucionais. Como asseverado pela Procuradoria-Geral da República em sua manifestação (fls. 79): “É como se o Estado dissesse ao credor que, para pagamento com deságio de 40%, há dinheiro disponível, mas não há para pagamento integral”.

Nesse sentido salta aos olhos a inconstitucionalidade da disposição.

Ao privilegiar determinada modalidade de quitação de dívida, o art. 101, § 5º do ADCT prejudica todas as outras opções, inclusive aquela que ontologicamente decorre do regime de precatórios que é o pagamento em dinheiro na ordem de antiguidade da dívida e respeitadas as preferências constitucionais.

Ante os fundamentos já expostos no corpo deste voto, impõe-se o reconhecimento da inconstitucionalidade da disposição.

CONCLUSÃO

Ex positis, CONHEÇO da presente Ação Direta para julgá-la PARCIALMENTE PROCEDENTE para:

(i) DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO ao *caput* do art. 107-A do ADCT, incluído pela Emenda Constitucional 114/2021 para que seus efeitos somente operem para o exercício de 2022;

(ii) DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE, com supressão de texto, dos incisos II e III do art. 107-A do ADCT;

(iii) DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE por arrastamento dos §§ 3º, 5º e 6º do mesmo art. 107-A;

(iv) DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE do art. 6º da Emenda Constitucional 113/2021, bem como dos arts. 100, §§ 9º, da Constituição Federal, e 101, § 5º, do ADCT, com redação estabelecida pelo art. 1º da EC 113/21;

(v) DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO ao art. 100, § 11, da Constituição, com redação da EC 113/21, para excluir a expressão “*com auto aplicabilidade para a União*” de seu texto;

(vi) RECONHECER que o cumprimento integral do teor desta decisão insere-se nas exceções descritas no art. 3º, § 2º, da Lei Complementar 200/23, que institui o Novo Regime Fiscal Sustentável, cujos valores não serão considerados exclusivamente para fins de verificação do cumprimento da meta de resultado primário a que se referem o art. 4º, § 1º, da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, prevista na lei de diretrizes orçamentárias em que for realizado o pagamento;

(vii) DEFERIR o pedido para abertura de créditos extraordinários para quitação dos precatórios expedidos nos exercícios de 2022, 2023, 2024, 2025 e 2026, quando excedentes do subteto fixado pelo art. 107-A do ADCT, deduzidas as dotações orçamentárias já previstas na proposta

orçamentária para o exercício de 2024, estando presentes, no caso concreto, os requisitos constitucionais da imprevisibilidade e urgência previstos no § 3º do art. 167 da CF, e sendo possível a edição de medida provisória para o pagamento ainda no exercício corrente.

É como voto.