

OS PRECATÓRIOS, O STF E A PROBLEMÁTICA DA EFETIVIDADE DO DIREITO DO CREDOR

JOÃO ANTÔNIO DALLA ROSA DOS SANTOS

1 INTRODUÇÃO

Quais são os limites das atribuições do Supremo Tribunal Federal (STF)? O que se pode esperar da decretação da inconstitucionalidade da moratória imposta pela Emenda Constitucional n. 62/2009? Como garantir que esta importante decisão do órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro seja realmente um avanço para nossa sociedade? Essas são algumas questões que atualmente se apresentam após a derrubada da Emenda Constitucional n. 62/2009.

Era plausível do ponto de vista jurídico e o ambiente democrático atual propiciou ao Supremo Tribunal Federal a manutenção do entendimento conferido à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2356. A moratória instituída pela Emenda Constitucional n. 30/2000, que facultou o pagamento dos precatórios devidos até 31 de dezembro de 1999 em até 10 (dez) parcelas anuais, foi tida como inconstitucional, por infringir os princípios básicos da nossa Constituição da República.

Pois bem, a Emenda Constitucional n. 62/2009 também auferiu a qualidade de inconstitucional, quando da apreciação da ADI 4357 e da ADI 4425, na sessão histórica do STF, dia 14 de março de 2013. No bojo da decretação da inconstitucionalidade da terceira moratória dos precatórios, o STF foi provocado quanto aos efeitos da sua decisão na medida em que os Tribunais de Justiça estavam paralisando os pagamentos que foram sendo realizados após o aparelhamento desses tribunais para cumprir os preceitos da EC n. 62/2009.

Vale lembrar que a EC n. 62/2009, entre outras disposições, criou o regime especial de pagamento de precatórios e alongou o prazo de 10 (dez) para 15 (quinze) anos ou - para aqueles entes com endividamento a partir de 30% da receita corrente líquida (RCL) - 1% para estados e municípios das regiões norte, nordeste e centro-oeste e 1,5% da receita corrente líquida para estados e municípios das regiões sul e sudeste.

Ato contínuo, o Ministro Luiz Fux, responsável pela redação do acórdão em que ficará lançada a totalidade das razões de decidir exaradas pela mais alta Corte brasileira, determinou que os tribunais de justiça estaduais permaneçam realizando os pagamentos até então operacionalizados e com observância à ordem cronológica de expedição dos precatórios.¹

¹ **DESPACHO:** Trata-se de petição acostada aos autos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na qual se noticia a paralisação do pagamento de precatórios por alguns Tribunais de Justiça do País, determinada após o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357 e 4.425, realizado em 14/03/2013, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Segundo narra a peça, *“os recursos estão disponíveis, mas a Presidência de alguns Tribunais entendeu por paralisar os pagamentos/levantamentos de valores enquanto não modulados os efeitos da r. decisão”*. Requer-se, em seguida, seja determinada *“a continuidade dos pagamentos até que o e. Plenário module os efeitos da v. decisão, com a consequente expedição de ofícios a todos os Tribunais de Justiça”*. Pede-se ainda sejam os entes devedores instados ao repasse e ao depósito dos recursos junto aos Tribunais locais, sob pena de incidência do regime sancionatório. É o relato suficiente. Decido.

A decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional nº 62/09, assentando a invalidade de regras jurídicas que agravem a situação jurídica do credor do Poder Público além dos limites constitucionalmente aceitáveis. Sem embargo, até que a Suprema Corte se pronuncie sobre o preciso alcance da sua decisão, não se justifica que os Tribunais Locais retrocedam na proteção dos direitos já reconhecidos em juízo. Carece de fundamento, por isso, a paralisação de pagamentos noticiada no requerimento em apreço.

Destarte, determino, *ad cautelam*, que os Tribunais de Justiça de todos os Estados e do Distrito Federal deem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 14/03/2013, segundo a sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro. Expeça-se ofício aos Presidentes de todos os Tribunais de Justiça do País.

Publique-se.

Brasília, 11 de abril de 2013.

Desde já, há que se ter presente o que significa pagar precatórios, pois além de efetivar princípios básicos do estado democrático de direito, como, por exemplo, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, efetivar-se-á os mais básicos direitos sociais estabelecidos em nossa Constituição da República.

Nesse diapasão, a lição de Alexandre de Moraes in *Direito Constitucional*, décima primeira edição, Ed. Atlas, 2002, p. 202 donde se lê que os

Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1o., IV da Constituição Federal.

Uadi Lammêgo Bulos, por sua vez, in *Constituição Federal Anotada*, 8ª edição, 2008, Saraiva, p. 419, leciona que os direitos sociais consistem numa expressão plurissignificativa e que vai além dos direitos dos trabalhadores alcançando prestações positivas como o direito à saúde, à moradia, à alimentação, ao trabalho, à previdência social, entre outros, nos termos do art. 6º, da CF/88 (BRASIL, 2013)². Dessa maneira, o pagamento da dívida do Estado, sem sombra de dúvida, está intimamente ligado à efetivação desses direitos, na medida em que parcela significativa dos credores do Estado possuem precatórios alimentares oriundos da relação de trabalho ou em decorrência de desapropriações das residências desses credores.

Ministro **LUIZ FUX**

Relator

Documento assinado digitalmente.

² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, 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 64, de 2010).

2 OS LIMITES DE ATUAÇÃO DA CORTE QUE DETÉM A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO

O título de Guarda da Constituição, por si só, é esclarecedor quanto à incumbência constitucional conferida ao STF, conforme art. 102, I, a, da CF/88 (BRASIL, 1988)³, para analisar a compatibilidade da norma questionada, sob a ótica da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Dessa forma, cabe ao STF processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Assim, cumpre ao STF dizer o direito diante do fato posto pelo autor da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e que será sempre a dúvida a respeito de norma emanada do Poder Legislativo, naquilo que tange a sua eventual inconstitucionalidade. Mesmo com todos os avanços vivenciados ao longo das poucas décadas da atual ordem constitucional sobre a posição de legislador negativo⁴ do STF, ou seja, a posição de que o STF deve tão somente afastar a norma tida como inconstitucional, há evidentes restrições para o órgão máximo do Poder Judiciário, sob pena de atropelo a independência do Poder Legislativo e com a consequente quebra do Princípio da Separação dos Poderes, insculpido no art. 2º, da CF/88 (BRASIL, 1988). Atualmente, o STF tem se posicionado como legislador positivo, seja em casos de mandados de injunção em que o Excelso Pretório não apenas notificou o Poder Legislativo sobre a existência de omissão legislativa, como também, atuou no sentido de

³ Art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Alterado pela EC-000.003-1993)

⁴ [...] o Tribunal Constitucional elimina - e atua, portanto, como legislador negativo - as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição.

Porém, a interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, não pode contrariar o sentido da norma, inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque não pode Corte dessa natureza atuar como legislador positivo, ou seja, o que cria norma nova” Ministro Moreira Alves, Representação 1.417. p. 40.

normatizar a situação posta sob sua análise (observe-se MI 232-1)⁵. Diga-se o mesmo em relação à evolução da jurisprudência da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Nessa zona cinzenta do Princípio da Separação dos Poderes, o STF avançou ao julgar, entre outros casos, a ADPF n. 54⁶ a julgar a inexistência de crime quando a mulher cessa a gravidez de um feto anencéfalo numa clara atuação de legislador positivo. Referido julgamento obteve apenas dois votos divergentes: um, do Min. Cezar Peluzo e, outro, do Min. Ricardo Lewandowski, que entendia sobre a necessidade de edição de lei pelo Congresso Nacional, já que o STF não teria legitimidade para deliberar sobre a matéria como posta na lide.

No julgamento da AP 470 (Ação Penal do Mensalão), em 17 de dezembro de 2012, DJE de 22 de abril de 2013, o Min. Joaquim Barbosa esclarece que a Constituição não submete a decisão do Poder Judiciário à complementação por ato de qualquer outro órgão ou Poder da República. O eminente Luís Roberto Barroso tem manifestado que a atuação arrojada do STF é devida ao fato da existir uma crise no Parlamento brasileiro, conforme explica: (SCHULZE, 2012).

⁵ Mandado de injunção. Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declamar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõe para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.

⁶ ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações.

FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

A vida na democracia é feita pelo processo político majoritário, que se desenrola no Congresso, e pela proteção e promoção dos direitos fundamentais via Constituição e Supremo Tribunal Federal. Quando o processo majoritário está azeitado, fluindo bem, com grande legitimidade, a jurisdição constitucional recua. E quando o processo político majoritário emperra ou enfrenta dificuldades para votar determinadas matérias, o STF tem seu papel ampliado. (SCHULZE, 2012).

O limite da atuação do STF, em sede de ADI, está na declaração da inconstitucionalidade da norma, sendo que ao mesmo é facultado, uma vez ponderada a segurança jurídica ou o excepcional interesse social, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento em que venha a ser fixado, nos termos do art. 102, I, a, da CF/88 (BRASIL, 1988) combinado com o art. 27 da Lei n. 9.868/1999.

3 AS POSSIBILIDADES DE MODULAÇÃO PELO STF DOS EFEITOS DE SEU JULGADO

Em princípio, caso a norma passe a ser considerada inconstitucional, esta deveria ocorrer retroativamente desde o início de sua vigência, ou seja, deveria ter efeito *ex tunc*. Isso porque significaria estar diante de nulidade tal e, assim, impossível permitir quaisquer efeitos da norma inconstitucional.

No entanto, ponderando-se os fatos da vida em sociedade, bem como seus respectivos efeitos, e diante de uma decisão de inconstitucionalidade do STF, sobreveio a necessidade de se dispor em certa medida sobre como isso afetaria a vida em sociedade. Ou seja, volta tudo ao estado imediatamente anterior ao início da norma inconstitucional, como se esta nunca tivesse existido (efeito *ex tunc*), ou, a partir do julgado a norma inconstitucional fica nula e não mais gera novos efeitos (efeito *ex nunc*), ou, ainda, a norma inconstitucional permanece vigente para o futuro ou retroage nos termos da decisão do STF. Esta última possibilidade interessa de maneira peculiar ao tema sob análise em função da possibilidade da atuação diversificada no tempo.

O artigo 27, da Lei n. 9.868/99 estabelece que:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Assim sendo, existe a possibilidade do STF, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração como já está acontecendo na prática após o despacho que determinou a continuidade dos pagamentos de precatórios pelos tribunais de justiça estaduais. De outra ótica, faz-se necessário entender o que significa a modulação dos efeitos da decisão que nulificou parte importante da norma contida na EC n. 62/2009, qual seja, o regime especial com o plano de pagamento em 15 anos ou de acordo com percentual da receita corrente líquida (RCL) para aqueles entes com dívida a partir de 30% da RCL.

Dentre as razões de decidir, o então Presidente do STF, Min. Aires Britto, ao votar, entendeu que os prazos para adimplemento dos precatórios concedidos aos entes públicos frustravam o tempo razoável do processo judicial e isso foi acompanhado pelos Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Carmem Lúcia, Marco Aurélio, Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Os votos divergentes foram do Min. Ricardo Lewandowski, que acompanhou em parte o voto do Min. Marco Aurélio, assim como dos Ministros Teori Zavaski, Gilmar Mendes e Dias Toffoli, que votaram pela improcedência da ADI.

A questão fulcral do tema reside no fato de que se por um lado é inaceitável o descaso da simples inadimplência, também é inaceitável uma inadimplência que pode demorar 80 (oitenta) anos em casos mais agudos. Por outro lado, fica a indagação de como os administrados farão para compelir o Estado a desembolsar estimados R\$ 100 bilhões, conforme cartilha lançada pela Federação das Indústrias de São Paulo (FIESP), intitulada “Precatórios. Uma solução definitiva”, nov/2009, p.11.

Essa questão passa apenas por vontade política ou possui efetivo limite material de caixa? Segmentos importantes da sociedade têm afirmado que a alavancagem deste passivo via emissão de títulos do governo é possível.

Segundo o mesmo estudo da FIESP, acima mencionado, com apoio da OAB, CNI e CBIC,

Uma solução realista para o problema seria a União entrar em campo, como "fiadora", "avalista" de uma grande reestruturação, onde os papéis dos precatórios seriam trocados voluntariamente pelos credores por papéis de dívida "de mercado", com vencimento para 20 ou 30 anos. Devedores (estados e municípios) teriam este prazo longo para pagar o principal e pagariam somente juros de 6 em 6 meses.

O presidente das comissões da OAB Nacional e de São Paulo, Flávio Brando, em 21 de fevereiro de 2013, informou em entrevista ao Contas Abertas, que

Os precatórios poderiam ser federalizados. O governo federal poderia captar R\$ 100 bilhões e financiar os devedores. A dívida voluntária da República é de R\$ 1,4 trilhão. Inserir mais esse montante seria totalmente digerível para um mercado que tem apetite pelo investimento no Brasil (BRANDO, 2013).

Dessa forma, a indagação a respeito da possibilidade de modulação dos efeitos da decretação da inconstitucionalidade parcial da EC n. 62/2009 poderia implicar em alguma determinação ao Congresso no sentido de adequar a norma à necessidade de pagamento aos credores do Estado, portadores de um precatório? Num primeiro olhar, não. Porém, a modulação dos efeitos da decisão de procedência da ADI, nos termos do art. 27, da Lei n. 9.868/1999, garante ao STF, fazendo-se uma avaliação avançada, "um aprimoramento do livre exercício da jurisdição constitucional, contribuindo para que o Supremo exerça de forma plena seu papel de guardião da Constituição, que dá o tom político de sua atuação." (BEICKER, 2010).

O mesmo autor esclarece que

a modulação de efeitos é bastante complexa, na medida em que a questão não pode ser reduzida a uma simples dicotomia, nos moldes da antiga discussão em torno da eficácia *ex tunc* ou *ex nunc*. Olhando para a jurisprudência do STF é possível verificar

que as possibilidades de limitação temporal dos efeitos de uma decisão em controle de constitucionalidade são múltiplas. Alguns ministros do Supremo atribuem a isso o fato de que a modulação de efeitos seria produto de 'rigoroso juízo de proporcionalidade'. (BEICKER, 2010, p. 293).

Como visto, o próprio STF possui suas limitações, pois é Guarda da Constituição, possui competência para modular os efeitos de sua decisão conforme o art. 27, da Lei n. 9.868/1999, sendo que não possui atribuições típicas de legislador, nem de administrador, competências essas respectivamente do Congresso Nacional e da Presidência da República.

4 A PROBLEMÁTICA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO DO CREDOR DETENTOR DE PRECATÓRIO

A efetivação do direito do credor detentor de precatório passaria pela realização de atos do poder executivo e do poder legislativo, que já envidaram esforços no ambiente político e o máximo desses culminou na aprovação da EC n. 62/2009. Para a excelente decisão do STF não cair no vazio ou para que a modulação dos efeitos do julgado da ADI dos precatórios possa ser mais breve que as expectativas de até 80 anos para adimplemento total, haverá a necessidade de mais providências.

Melhorar a condição do direito do credor requer uma fundamentação constitucional aprofundada juntamente com um juízo de proporcionalidade muito bem construído em prol da preservação de princípios que, em última análise e como é notório, são as pilstras da democracia, quais sejam, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, assim como dos direitos sociais à alimentação, à saúde e à moradia. A modulação dos efeitos da decisão do STF, salvo melhor juízo, necessita ter fundamento constitucional, que afaste qualquer dúvida com relação ao respeito ao Princípio da Separação dos Poderes, assim como necessita bem demonstrar o absurdo econômico gerado com a nefasta prática do inadimplemento.

Provavelmente, uma decisão dessas irradiaria reflexos em leis como a Lei n. 4.320/1964, cujas interpretações se distanciam dos

princípios fundamentais de contabilidade, assim como na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), LC n. 101/2000. Essas normas ainda permitem a provisão do passivo judicial de um ente público com a expedição do precatório, quando qualquer empresa faz sua provisão ao receber uma sentença procedente de primeiro grau contendo uma condenação cível com o comando judicial para que o devedor realize um pagamento a algum credor.

Perceba que o art. 1º, § 1º, da LRF⁷ combinado com o art. 83⁸ c/c o art. 105⁹, III, IV e §§ 3º e 4º, da Lei n. 4.320/1964 determinam apenas que o precatório não empenhado deve constar no passivo permanente, enquanto que os precatórios empenhados e não pagos devem estar registrados no passivo financeiro.

De outro flanco, há renomados constitucionalistas com posição contrária à atuação do STF na qualidade de legislador positivo, entre eles, Ives Gandra Martins, que têm manifestado sua contrariedade, ao afirmar que “o ativismo judicial¹⁰ fere o equilíbrio

⁷ Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

⁸ Art. 83. A contabilidade evidenciará perante a Fazenda Pública a situação de todos quantos, de qualquer modo, arrecadem receitas, efetuem despesas, administrem ou guardem bens a ela pertencentes ou confiados.

⁹ Art. 105. O Balanço Patrimonial demonstrará [...] III - O Passivo Financeiro; IV - O Passivo Permanente; [...]

§ 3º O Passivo Financeiro compreenderá as dívidas fundadas e outras pagamento independa de autorização orçamentária.

§ 4º O Passivo Permanente compreenderá as dívidas fundadas e outras que dependam de autorização legislativa para amortização ou resgate.

¹⁰ O ativismo judicial foi mencionado, pela primeira vez (cf. M. Pereira, em O Globo de 21.03.09, p. 4), em 1947, pelo jornalista americano Arthur Schlesinger, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para ele há ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos. Como se vê, o conceito de ativismo judicial que acima utilizamos não coincide exatamente com o que acaba de ser descrito. Se a Constituição prevê um determinado direito e ela é interpretada no sentido de que

dos Poderes e torna o Judiciário o mais relevante, substituindo aquele que reflete a vontade da nação” (MARTINS, 2011, p. 2).

O certo é que há uma lacuna que, nem o Poder Legislativo, nem o Executivo têm conseguido preencher, segundo a lógica de que o Estado deve servir ao cidadão e não ao grupo político que se encontra no poder. Partindo deste problema sério, é que o STF ganha força e gera rivalidade entre os demais poderes.

Diante disso, a problemática da efetividade do direito do credor enseja também uma responsabilidade civil do ente público por seus atos omissivos. A Constituição da República é clara ao determinar que o Estado responda pelos danos causados ilicitamente aos seus administrados.¹¹

esse direito seja garantido, para nós, isso não é ativismo judicial, sim, judicialização do direito considerado. O ativismo judicial vai muito além disso: ocorre quando o juiz inventa uma norma, quando cria um direito não contemplado de modo explícito em qualquer lugar, quando inova o ordenamento jurídico. (GOMES, 2009)

¹¹ Voto nº 15.248

Apelação Cível nº 9112870.20.2009.8.26.0000

Comarca: SÃO PAULO

Apelante(s): SARAH CERNE e Outros (a.j.)

Apelado(s): INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – IPESP

Responsabilidade Civil. Indenização por danos morais. Crédito de precatório não pago. Dano material não comprovado. Caráter alimentar da verba. Evidente o dano moral.

Recurso provido.

Trata-se de apelação (fls. 164/169) em face de sentença (fls. 159/161), proferida em ação de reparação de danos materiais e morais, postulando os Autores ressarcimento em decorrência do não pagamento de precatório expedido e incluído na dotação orçamentária de 2003.

A r. sentença julgou improcedente a ação, condenando os Autores ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários arbitrados em 10% do valor da causa, ressalvada a condição dos autores de beneficiários de assistência judiciária gratuita.

O recurso foi recebido em seus regulares efeitos às fls. 170.

É o relatório.

No caso em tela, os Autores tiveram reconhecido em 1997 o direito à reversão das quotas-partes dos demais beneficiários dos instituidores da pensão.

O precatório foi expedido e incluído na dotação orçamentaria de 2003. A ordem judicial não tinha sido cumprida até o ajuizamento da ação, em outubro de 2008.

O art. 100 da Constituição Federal estabelece que os precatórios alimentares são prioritários na ordem de pagamento, pois são salários dos quais depende a subsistência do credor. As dívidas deverão ser pagas conforme a ordem cronológica

de apresentação, sendo obrigatória a inclusão no orçamento da verba necessária para quitá-los no ano seguinte.

A falta de pagamento dos precatórios não se dá, na maioria das vezes, por conta de insuficiência orçamentária. Trata-se de descaso administrativo e da rotineira prevalência de outros interesses em detrimento do dever de cumprir decisões judiciais e a própria Constituição.

O uso da verba de precatórios alimentares para outras finalidades é ilegal, pois, além de ferir o artigo 100 da Constituição, afronta os princípios da legalidade, e da moralidade, caracterizando improbidade administrativa.

Se o Poder Público destinasse apenas o que gasta desnecessariamente com publicidade para pagar o que deve, já teria sido reduzida consideravelmente a inadimplência dos precatórios.

Os precatórios refletem também as desigualdades do nosso país. Enquanto o governo é sempre célere no pagamento de dívidas de empréstimos com organismos internacionais e nacionais, prima pela morosidade ao quitar seus débitos com os seus cidadãos, que, curiosamente, fazem parte da grande massa que o sustenta pagando impostos.

Neste sentido, pode-se conceituar o ato de improbidade administrativa como sendo todo aquele praticado por agente público, contrário às normas da moral, à lei e aos bons costumes, com visível falta de honradez e de retidão de conduta no modo de agir perante a administração pública direta e indireta.

Não existem na legislação brasileira recursos judiciais efetivos e adequados para garantir o pagamento dos precatórios devidos pelo Estado. Ao não adimplir os débitos referentes aos precatórios expedidos em seu desfavor, dentro do prazo constitucional, o Estado se mostra arbitrário, violador do Estado de Direito e da independência do Poder Judiciário.

Diante do absoluto desprezo do ente público no cumprimento da ordem judicial, não resta dúvida do seu dever de indenizar.

Oportuna a doutrina de Kiyoshi Harada, ao afirmar que: “a responsabilidade civil do Estado, por atos comissivos ou omissivos de seus agentes, é de natureza objetiva, isto é, prescinde da comprovação de culpa. Neste particular, houve uma evolução da responsabilidade civilística, que não prescinde da culpa subjetiva do agente, para a responsabilidade pública, isto é, responsabilidade objetiva. Esta teoria é a única compatível com a posição do Poder Público ante os seus súditos, pois, o Estado dispõe de uma força infinitamente maior que o particular.” (Kiyoshi Harada, “Responsabilidade Civil do Estado”, in Jus Navigandi, n. 41, mai. 2000).

Para o Professor Yussef Said Cahali, dano moral “é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)” (Cahali, Yussef Said. Dano Moral, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1998, 2ª edição, pág. 20).

Com base nisso, vale rememorar que na hipótese de credores detentores de precatórios possuem danos com nexo causal verificado ou verificável entre o dano e a ação ou omissão do ente público, este atrai para si o dever de indenizar, independentemente da culpa ou dolo de seus agentes.

Naquilo que tange ao dever de indenizar, o STF tem-se manifestado a respeito da responsabilidade objetiva, mesmo quando existente a omissão por parte do Estado. A respeito da indenização devida pelo Estado, Antônio Riccitelli, em sua obra: Responsabilidade Civil das Atividades da Administração Pública,

Segundo Maria Helena Diniz, "Dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo" (Curso de Direito Civil Brasileiro, Editora Saraiva, SP, 1998, p. 81).

O dever de indenizar do Poder Público provém do mau gerenciamento da máquina estatal, contido nos atos e omissões dos agentes públicos que trazem consequências aos administrados.

Os danos indenizáveis são: 1) os materiais, considerados a diminuição ou prejuízo patrimonial; 2) os danos morais, considerados os prejuízos à dignidade da pessoa humana, no íntimo da pessoa, pelo tratamento humilhante que dá a seus credores confiscando-lhes o patrimônio.

Assim, no caso presente, cabe indenizar a angústia e o sofrimento de se verem os Autores, injustificadamente, privados de seus créditos em razão de coisa julgada, face à inadimplência do Poder Público em honrar sua obrigação.

A indenização por dano moral, em verdade, visa coibir a repetição do ato reprovável que deu azo à ação ou omissão não se mostrando um meio de enriquecimento por parte da ofendida.

E assim, atendendo à peculiaridade do caso e à finalidade da prestação jurisdicional, que deve assegurar a adoção de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, o valor da indenização merece ser fixado em R\$5.000,00 (cinco mil reais).

Quanto aos danos materiais pretendidos na inicial, tenho que não restaram provados, sendo sabido que o dano material é questão de fato e como tal deve restar cabalmente provado nos autos.

Aos Apelantes cabia o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, artigo 333, inciso I, do CPC.

Não tendo ela provado sua alegação, impossível é a condenação da Apelada no pagamento dos danos materiais.

Daí o porquê, dá-se provimento ao recurso para condenar-se a Ré a pagar aos Autores a importância de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais, acrescidos de juros de mora e correção monetária a partir da citação, além das custas processuais e honorários advocatícios de incidentes sobre o valor da condenação atualizado.

MARREY UINT

Relator (HARADA, 2012)

Lex Editora, 2010, p. 211, ressalta que,

conforme dispositivo constitucional, a indenização do dano deve corresponder ao montante que a vítima efetivamente perdeu, ou o *quantum* que deixou de ganhar em decorrência do ato lesivo do Poder Público. É também objetivo do mesmo dispositivo, decorrente da tese da responsabilidade civil objetiva, a indenização por danos emergentes, lucros cessantes, bem como correção monetária e juros de mora, se houver atraso no pagamento e, ainda, o correspondente pagamento de honorários advocatícios. Acrescente-se às mencionadas possibilidades a previsão de, nos termos do art. 5º, V, da Constituição Federal de 1988¹², o Estado indenizar cumulativamente a vítima, em decorrência de danos morais. A Constituição Federal vigente prevê, ainda, ação regressiva contra o responsável pelos danos, nos casos comprovados de dolo ou culpa.

O mesmo autor reputa importante demonstrar a insatisfação pela sistemática ausência, em toda a extensão da sua obra, quanto à consolidação de uma teoria institucional ou jurídica da obrigação ética, política e moral da reparação ou da compensação, em razão de dano causado ao administrado. Refere, igualmente, que os avanços democráticos ocorridos nas áreas dos direitos e garantias individuais não se refletem na prática e isso traz um distanciamento ou desequilíbrio crescente por parte do Estado com relação ao particular. É de se notar que isso se reflete, inclusive, quando o assunto é pagamento de precatório.

Em função desse distanciamento estudado por Riccitelli (2010), faz sentido o pronunciamento do Eminentíssimo Luis Roberto Barroso ao atribuir o avanço do STF em direção ao ativismo judicial às lacunas deixadas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Essa atuação do STF talvez merecerá revisão quando os demais poderes estiverem adaptados às necessidades das demandas sociais. Entretanto, ao que tudo indica, há um percurso consideravelmente longo até eventual mudança de rumo pela Suprema Corte.

Os caminhos apontados pelo STF no julgamento da inconstitucionalidade da EC n. 62/2009 capturam as necessidades

¹² V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

dos administrados em relação a esse distanciamento por parte do Estado. E, como o Estado não é um fim em si mesmo, faz-se necessária a atuação criativa do STF em direção à efetivação dos direitos sociais, inclusive, por meio do pagamento de precatórios. Para tanto, instrumentos como audiência pública, modulação dos efeitos da decisão em sede de ADI, mandado de injunção, responsabilizações direta aos gestores/ordenadores de despesa, entre outros, poderão propiciar a efetivação do direito dos credores do Estado. Em última análise, diz-se da verba alimentar restringida em função de alguma necessidade do Estado, que mais tarde se concluiu por ilegal ou da casa de alguém, que teve seu bem desapropriado, cujos valores se tornaram litigiosos e dos quais o cidadão busca ver seu dinheiro adimplido.

5 CONCLUSÃO

No momento, a íntegra da decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou parcialmente inconstitucional a EC n. 62/2009, ou seja, o acórdão está pendente de publicação, sendo que igualmente a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade da terceira moratória dos precatórios está por vir. Neste ínterim entre a publicação do acórdão, a modulação dos efeitos da decretação da inconstitucionalidade da ‘emenda do calote’ dos precatórios e a influência positiva disso tudo na vida das pessoas, há um contexto jurídico-legal e outro político-social necessitando de aprimoramento urgente.

Nesse diapasão, acreditar no revide do Congresso Nacional em retaliação ao STF seria o mesmo que aceitar o erro permanente e insolúvel. Por fim, é de se registrar a lição do Eminentíssimo Arakem de Assis, quando em atuação na 4ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, consoante voto-condutor, nos autos da Apelação Cível n. 70019836113, a respeito da contumácia das dívidas do Estado:

PROCESSUAL CIVIL. POSSIBILIDADE JURÍDICA. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. DESPESA PÚBLICA. OBRIGATORIEDADE DA INCLUSÃO NO ORÇAMENTO. PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE. 1. Não há

nenhum veto, no ordenamento jurídico, ao pedido formulado por empresa privada, concessionária de energia elétrica, para obrigar pessoa jurídica de direito público a incluir a obrigatória despesa com a iluminação pública no orçamento. O orçamento se subordina ao controle judiciário no tangente ao princípio da universalidade. Além disso, impõe-se não perder a noção do certo e do errado, do justo e do injusto, do bem e do mal: isentar o Município do pagamento da energia elétrica constitui um absurdo econômico, porque importará a fruição gratuita de um bem oneroso, e autêntica anomalia social, porque constrangerá o conjunto dos consumidores adimplentes a pagar o consumo do inadimplente. Aplica-se a velha máxima: *bonis nocet, qui malis parcit*. 2. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70019836113, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 17/10/2007)

O Estado Democrático de Direito enseja que as normas jurídicas sirvam para regradar o Estado e administrados nos seus direitos e deveres. Seguindo essa lógica, quando o Estado é devedor do administrado, este possui a necessidade de se subsumir à norma jurídica destinada a atender a efetividade do crédito do credor, uma vez que isso extrapola nuances de direito obrigacional das partes, incide sobre direitos e garantias individuais, como, por exemplo, ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido, do art. 5º, XXXVI da CF/1988 (BRASIL, 1988)¹³ e acaba por repercutir, inclusive, nos direitos sociais do art. 6º Da CF/1988 (BRASIL, 1988). Um dos pontos de atenção certamente será a eventual falta de vontade política, capaz de impedir a eficácia da decisão do STF no caso ora estudado.

De outra ótica, faz-se necessário que todos entendam, cabalmente, o que significa a modulação dos efeitos da decisão que pretendeu nulificar totalmente a norma da EC n. 62/2009, bem como o seu alcance em direção à efetividade do direito do credor. Eventualmente, há que se perquirir sobre como será o passo a passo

¹³ 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: [...] XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

das medidas suficientes para encerrar a prática nefasta do inadimplemento do Estado brasileiro, propiciando evolução social imediata com os benefícios do círculo virtuoso da riqueza gerando mais riqueza e qualidade de vida aos administrados brasileiros. Ainda, deverá se propiciar, caso a página do Estado inadimplente seja virada, uma mudança de cultura e um aprimoramento dos cidadãos naquilo que tange ao cumprimento de suas obrigações decorrentes da vida em sociedade.

REFERÊNCIAS

BEICKER, Flavio. O STF e a Dimensão Temporal de suas Decisões: a modulação de efeitos e a tese da nulidade dos atos normativos inconstitucionais. In: VOJVODIC, Adriana; et al. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRANDO, Flávio. *Contas Abertas*. Entrevista em 21 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/WebSite/Noticias/DetalleNoticias.aspx?Id=1177>>. Acesso em: 24 maio 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está Assumindo um Ativismo Judicial sem Precedentes? *Jus Navigandi*, Teresina, v. 14, n. 2164, jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 26 maio 2013.

HARADA, Kiyoshi. Precatórios Alimentícios: atraso no pagamento gera danos morais. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 17, n. 3327, ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22383>>. Acesso em: 26 maio 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Constituição "conforme" o STF. In: *Folha de S. Paulo – Tendências e Debates*, 20 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2005201107.htm>>. Acesso em: 16 maio 2013.

MORAES, Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

RICCITELLI, Antônio. *Responsabilidade Civil: das Atividades da Administração Pública*. São Paulo: Lex, 2010.

SCHULZE, Clenio Jair. STF, Aborto de Fetos Anencéfalos, ADPF 54 e legislador positivo. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 17, n. 3212, abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21532>>. Acesso em: 15 maio 2013.

Josirene Candido Londero
Carlos André Hüning Birnfeld
(Organizadores)

**DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS:
contributo interdisciplinar para a redefinição
das garantias de efetividade**



Rio Grande
2013

© Josirene Candido Londero e Carlos André Hüning Birnfeld

2013

Capa: Liane Viegas Domingues

Formatação e diagramação:

João Balansin

Gilmar Torchelsen

D597d Direitos sociais fundamentais: contributo
interdisciplinar para a redefinição das
garantias de efetividade / Organizadores
Josirene Candido Londero e Carlos André
Hüning Birnfeld - Rio Grande : Editora da
FURG, 2013.

276p ; 21 cm

ISBN 978-85-7566-284-7

1. Direito social 2. Educação ambiental I.
Londero, Josirene Cândido. II. Carlos André,
Hüning Birnfeld Philippe

CDU 349.6

SUMÁRIO

Apresentação	7
Josirene Candido Londero Carlos André Hüning Birnfeld	
Algumas perspectivas para a construção de uma Teoria Geral do Direito Marxista	15
Carlos André Hüning Birnfeld	
Políticas públicas de proteção aos direitos fundamentais: caminhos e descaminhos sob o olhar da metateoria do direito fraterno	25
Janaína Machado Sturza	
Pensar a cidadania em Hannah Arendt: direito a ter direitos . Cláudia Carneiro Peixoto	51
Anderson Orestes Cavalcante Lobato	
Sinal vermelho: os limites da noção de cidadania e potencialidade dos diferentes	71
Ronaldo Sergio da Silva	
Ampliando o conceito de cidadania para o desenvolvimento de uma sociedade inclusiva: em busca de políticas garantidoras dos Direitos Fundamentais	91
Anna Paula Bagetti Zeifert Aline Andrighetto	
Os movimentos de mulheres e a agenda de políticas públicas de gênero no Brasil e na Argentina	117
Josirene Candido Londero	

A defesa da dignidade e bem-estar do idoso diante das inovações da Constituição federal e Estatuto do Idoso	147
Débora Teixeira Gottert	
Eloisa de Andrade Argerich	
A Constituição de 1988, os Direitos Humanos e a Bioética .	
Claudine Rodembusch Rocha	175
Milton Schmitt Coelho	
Os Precatórios: o Supremo Tribunal Federal e a problemática da efetividade do Direito do credor	201
João Antônio Dalla Rosa dos Santos	
Drogas, direitos e discursos públicos: inquietações com relação às modalidades de internação de pessoas que fazem uso de <i>crack</i>	219
Adriane Roso	
Direitos Humanos: um olhar para a identidade, alteridade e novas concepções de cultura	245
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger	
Aline Luciane Lopes Rangel	