

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº. 351, DE 2009

Altera o art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Autor: Senado Federal

Relator: Deputado Eduardo Cunha

VOTO EM SEPARADO DO DEPUTADO REGIS DE OLIVEIRA

I - Relatório

Trata-se de proposta de emenda constitucional que objetiva alterar o art. 100 da Constituição Federal, bem como acrescentar outros dispositivos ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

À PEC nº 351 outras foram apensadas, todas cuidando do mesmo tema.

O ilustre deputado Eduardo Cunha apresentou relatório, examinando exaustivamente todas as propostas e apresentou proposta de rejeição de uma delas (PEC 366) e pela aprovação das demais, entendendo que a PEC 395 corrigiu eventuais distorções da PEC Nº 351.

É o relatório.

02 – Introdução

Após longa e sofrida evolução, a humanidade logrou submeter o absolutismo ao império da lei. Alcançou o chamado *governo da lei*, em oposição ao *governo dos homens*. Imaginou-se, na *superação do arbítrio*, a concretização do ideal de liberdade democrática ansiosamente sonhada, de vez que a observação do princípio da legalidade *parecia* garantir, em um regime democrático, os direitos e garantias fundamentais. PAULO BONAVIDES averbou, a propósito, que “o que aí se deve saudar é um progresso da razão humana libertadora, ainda em nossos dias, e não o credo morto de uma

doutrina, a fossilização de um princípio arcaico”.¹

A conquista honra e satisfaz a sociedade, que não se sente mais ameaçada com o arbítrio dos governantes. É possível repousar com tranqüilidade sob a proteção da norma constitucional, desde que o direito positivo provê o indispensável para o Judiciário manter sob peia forte os desvios e excessos de competência dos agentes do poder.

O fetiche da lei e a fórmula vazia de alegação de interesse público toleram pequenas inconstitucionalidades e o cerceamento do poder geral de cautela conferido ao magistrado, desde que se ofereça, aos milhares de prejudicados, a possibilidade abstrata de controle difuso. O método vem funcionando a contento para os governantes, ainda que os prejudicados aguardem anos nas intermináveis batalhas judiciais. A possibilidade abstrata de satisfação, ainda que tardinha satisfaz moralmente aqueles que se dispõem ao confronto desigual. Poder-se-ia lembrar, nesse conformismo, *A peste*, de ALBERT CAMUS, que relata a necessidade dos habitantes de uma cidade de abstraírem os horrores de uma epidemia para tentar seguir uma vida normal, como se nada estivesse acontecendo. O mesmo sentido de sobrevivência anima os poucos cidadãos que possuem recursos financeiros para aguardar os frutos de uma decisão final demorada. Todos aceitam a promessa de justiça tardia, diante da impossibilidade material e física de os tribunais lidarem com uma carga de processos impossível de administrar. Nesse diapasão, a quase totalidade dos habitantes do país vê os princípios constitucionais se transformarem em postulados de um discurso quase que exclusivamente moral. O que os mantém convictos de sua própria cidadania é o respeito à lei, à possibilidade sempre presente de serem socorridos pela Justiça! A ilusão do ordenamento normativo protetor mantém o conformismo de um povo sofrido e pacífico.

Entretanto, a fênix que se acreditava morta renasce das cinzas do passado *sob as vestes da legalidade*. Em assuntos cruciais, de suma importância, os governantes seduzem, influenciam e utilizam a barganha política para impor um arbítrio de aparente legalidade! Em uma imoral adaptação aos mecanismos de controle implantados para conter os desmandos do Executivo, *o ato arbitrário não precisa mais ser praticado diretamente pelos governantes*. Utilizam a sua maioria no Parlamento para aprovar medidas decididas sem discussão nas bancadas e impostas pela orientação do partido situacionista. As bases políticas de sustentação do governo digladiam com a oposição, permanentemente, transformando questões técnicas, sociais e econômicas em disputas ideológicas. O chamado *voto de confiança* emprestado à política governamental afasta e menospreza a consulta à opinião pública, praticando o avesso da democracia, que reclama, justamente, maior amplitude da participação popular.

A ação é bem engendrada porque, em um país de Constituição rígida como a nossa, a aprovação de uma emenda constitucional é

¹ *Reflexões: política e direito.*

acompanhada de uma sacralização de difícil reversão, o que potencializa os efeitos danosos da norma ilegítima. Como bem disse o Min. CELSO DE MELLO, a Constituição “não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao *império dos fatos e das circunstâncias*. A supremacia de que ela se reveste, *enquanto for respeitada*, constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. A esta Corte incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada”.²

Na estratégia do Executivo, transmitida ao Legislativo em apocalíptica visão, os meios determinam os fins e justificam a exigência do apoio incondicional de seus aliados para a manutenção da estabilidade econômica. O Min. CELSO DE MELLO, na ação direta de inconstitucionalidade mencionada, evidenciou a colocação do Executivo: “Não me preocupa a relação dilemática por alguns proposta, que chega até mesmo a proclamar, pelo alegado *receio da destruição* da ordem econômico-social, a virtual possibilidade de *desrespeito ao ordenamento constitucional como condição de êxito* do Plano Econômico”.

Nada obstante, a simples esperança de que o próximo governo fosse obedecer a ordem do tribunal para pagamento dos precatórios confortava o credor, que, no fundo, sabia que deveria aguardar quase o mesmo prazo da moratória criada na Emenda. Ele sentia que podia lutar contra o calote, utilizar a força de seu voto para moralizar a Administração Pública e sanear as finanças do ente federativo devedor. A sua resignação não era desprovida de esperança, do sonho de ver cumprida a Constituição e a autoridade da Justiça. Essa chama mantinha o seu otimismo, embalado pela promessa abstrata de respeito e dignidade, que poderia fazer assomar, da multidão sofrida e espezinhada, a sua identidade própria.

De credor injustiçado, de uma penada legal, com a edição da Emenda n. 30/2000, passou a contestador do regime democrático, bradando contra um Estado (agora) pontual e protegido pela mais elevada legislação. Aí reside a sua *desesperança*! Após anos de luta, com uma situação jurídica absolutamente resolvida e um direito que deixou de ser uma expectativa desde o trânsito em julgado da decisão que lhe concedeu a ordem de pagamento, o credor comum surpreende-se com a reviravolta legal, totalmente inesperada. A ação do Estado deveria estar sempre sujeita a regras previamente determinadas. O particular sempre precisa saber o que esperar do Estado, desde que sua conduta esteja claramente estabelecida no diploma básico.

Não basta o Parlamento apresentar a sua competência e seus títulos de legitimidade, fundados nos valores que justificam o seu poder. Deve ele, em qualquer oportunidade, demonstrar sua integral submissão aos parâmetros constitucionais no exercício do mandato popular recebido. Este é um ônus que deve ser satisfeito diariamente, sob pena de desviar-se da finalidade imposta no instrumento constitucional, pois legalidade e legitimidade

² ADIn 293-7/600-DF, Serviço de Jurisprudência, DJ 16.04.1993, Ementário 1.699-1.

não se confundem.

Ensina EROS GRAU que “podemos afirmar que a norma jurídica é legítima – dotada de legitimidade – quando existir correspondência entre o comando nela substanciada e o sentido admitido e consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normatizado. A *legitimidade é um conceito material, ao passo que a legalidade é um conceito formal*”.³

03 – Do poder Constituinte

A norma fundamental imposta pelo constituinte originário calca-se em um poder de fato que independe de legitimação jurídica. Ao contrário, legitima-se na sua própria efetividade, no fato de ser efetivamente obedecida. A norma produzida pelo legislador reformador legitima-se também com a obediência, mas pressupõe antes, necessariamente, a sua legitimação no sistema originário, na circunstância de ser por ele tolerada. Se não se amoldar perfeitamente à obra original não será por ela recepcionada, aí permanecendo, como um corpo estranho, até a sua expulsão. Caso ela não consiga penetrar, como uma linfa, o texto original, nunca conseguirá integrar-se ao sistema, em uma antinomia irremissível. O princípio da legalidade, em matéria constitucional, não prescinde de legitimidade, ou seja, de ser aceito pela massa das consciências.

Nas palavras de PAULO BONAVIDES, “o novo Estado de Direito pertence aos direitos fundamentais e principalmente às garantias e salvaguardas que a Constituição ministra pelas vias processuais; é mais o *Estado da legitimidade* do que propriamente o da legalidade em sua versão clássica. Um *Estado em busca de meios* com que aparelhar fins”.⁴

Procurou-se saber, à época da edição da EC n. 30, que alterou a redação do art. 100 da CF e acrescentou o art. 78 ao ADCT, referentes ao pagamento dos precatórios judiciais, é inconstitucional ou podia modificar livremente o disposto no art. 33 do ADCT, *com o mesmo poder ilimitado do constituinte originário*. De fato, todas as objeções que hoje são feitas à EC n. 30, de maltrato às normas intangíveis do art. 60, § 4.º, da CF, foram igualmente assacadas contra o art. 33 do ADCT. A mesma ofensa à coisa julgada, ao direito adquirido, aos direitos e garantias fundamentais, à isonomia e aos princípios expressos e implícitos consagrados nas disposições permanentes, era possível visualizar na moratória instituída naquela norma de direito transitório. Com a publicação do ADCT, as providências necessárias à adaptação da ordem revogada ao texto da “Nova República” estabeleceram normas de transição e algumas normas transitórias de caráter permanente, *todas, porém, emanadas do mesmo poder originário*.

³ *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 59.

⁴ *Curso de direito constitucional*, p. 18.

Nas alegações de inconstitucionalidade apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, declarou-se ele competente para julgar, à luz do art. 60 e parágrafos, as disposições de emendas provenientes do poder constituinte estabelecido. A emenda à Constituição é procedida dentro dos limites impostos pelo constituinte originário. A atividade do constituinte derivado, dito reformador, só é concebida se exercida em absoluta fidelidade ao permissivo constitucional. Substancialmente limitado, o seu poder decorre da Constituição. Nutre-se da ordem estabelecida e só inova se não ultrapassar o limite imposto pela vontade do legislador originário, pois o seu poder justifica-se, em última análise, no diploma que vai reformar.

Caso a reforma seja tão profunda, a ponto de deformar ou descaracterizar a essência da lei que lhe dá a competência reformadora, borrando horizontes materiais, circunstanciais e temporais, o constituinte estabelecido deverá ter um poder político próprio do legislador original. Se não tiver esse respaldo, não ostentará competência para o ato, que apresentará a marca indelével do desvio de finalidade. A alteração pode acrescentar algo de novo ao corpo da Constituição, desde que preserve a essência da matriz. Essa integração deve ser avaliada segundo a coerência geral do sistema e a importância da fuga aos contornos idealizados pelo poder originário. Não há de ser nem tão sensível que engesse as mutações feitas para acompanhar a mobilidade da vida, da realidade, nem tão profunda que se oponha à eficácia dos seus pilares de sustentação. Não se exige, também, que a mudança seja considerada como revolucionária. A expressão “tendente a abolir”, empregada no § 4.º do art. 60 da CF, não deve ser entendida como ablação definitiva, ou alteração descaracterizadora e irreversível de elemento básico do sistema, mas simples suspensão dos efeitos que deve, ininterruptamente, irradiar. Assim, basta a restrição, ainda que temporária, de um direito fundamental, ou garantia essencial, para ocorrer uma efetiva ofensa à cláusula imutável. Entendimento diverso, capaz de só alcançar a literal extinção do objeto da proteção originária, levaria à inutilidade prática da fórmula imaginada para manter a rigidez constitucional desejada pelo constituinte originário.

O Min. CELSO DE MELLO, em ação direta de inconstitucionalidade, esclarece que basta a simples exceção imposta a determinada garantia para assujeitar a Emenda ao controle concentrado de constitucionalidade. Ao garantir a observância do princípio da anterioridade tributária, positivado no art. 150, III, b, da CF, assim se expressou: “Admitir que a União, no exercício de sua competência residual, ainda que por emenda constitucional, pudesse *excepcionar* a aplicação desta garantia individual do contribuinte implica em conceder ao ente tribuante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda à Constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados”.⁵ Nessa mesma ação, os Mins. CARLOS VELLOSO e MARCO AURÉLIO consideraram *imodificáveis* os direitos e garantias

⁵ STF, ADIn 939-7, Serviço de Jurisprudência, Ementário 1.730-10.

sociais, ampliando, desse modo, os direitos e garantias individuais previstos no art. 5.º da CF.⁶

GILMAR FERREIRA MENDES também enfatiza que as reformas não podem comprometer a integridade da Constituição: “Em qualquer hipótese, os limites do poder de revisão não se restringem, necessariamente, aos casos expressamente elencados nas ‘garantias de eternidade’. Tal como observado por Bryde, a decisão sobre a imutabilidade de determinado princípio não significa que outros postulados fundamentais estejam submetidos ao poder de revisão (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, p. 237). O efetivo significado dessas cláusulas de imutabilidade na prática constitucional não está imune a controvérsias. Se se entender que elas contêm uma ‘proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais’ (*Verfassungsprinzipiendurchbrechungsverbot*), tem-se de admitir que o seu significado é bem mais amplo do que uma proibição de revolução ou de destruição da própria Constituição (*Revolutions – Verfassungsbeseitigungsverbot*). É que, nesse caso, a proibição atinge emendas constitucionais que, sem suprimir princípios fundamentais, acabam por lesá-los topicamente, deflagrando um processo de erosão da própria Constituição (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, p. 242)”.⁷

As limitações ao poder reformador que as emendas devem observar não se resumem somente naquelas materiais, circunstanciais e formais, expressas no art. 60 da CF, mas a inúmeras outras vedações implícitas espalhadas por toda a Constituição.

Embora não haja graus de hierarquia entre as normas constitucionais, é forçoso reconhecer a diversidade do poder que as gerou. O poder constituinte originário não presta submissão a nenhuma norma de direito positivo; ao revés, justifica-se na necessidade de rompimento do sistema estabelecido. O poder derivado, reformador, aufere a sua competência diretamente da Constituição, que deve preservar. A reforma, em verdade, só é admitida para aprimoramento e coesão do ordenamento constitucional. Se a sua autoridade deriva do poder criado pela Lei Magna, seria insensato aceitar uma atuação contrária aos postulados que lhe dão coerência e unidade.

Nesse sentido, muito se discutiu sobre a inconstitucionalidade do art. 33 do ADCT. Era evidente a exceção imposta a princípios nucleares escritos ou deduzidos do sistema constitucional, tais como o da isonomia (art. 5.º, *caput*), do direito adquirido (art. 5.º, XXXVI, da CF), da justa indenização (art. 5.º, XXIV) e do pagamento dos precatórios judiciais (art. 100); entretanto, a antinomia era apenas aparente, pois o ADCT é obra do mesmo constituinte originário da parte permanente da Constituição, inexistindo desnível hierárquico entre as normas. Invocou-se, na época, a supremacia da norma permanente em face da disposição transitória, porém, o Supremo Tribunal Federal entendeu, tranqüilamente, que, *embora as disposições fossem*

⁶ Idem.

⁷ *Ajuris*, mar. 1994, n. 60, p. 215.

antagônicas, o ADCT continha mera exceção aos princípios e às normas gerais dispostas na área permanente da Constituição, o que poderia ser resolvido pelo princípio da especialidade. Isso conferia constitucionalidade à moratória prescrita no art. 33. É dizer, como o ADCT era criação do poder constituinte originário e como esse poder não se submetia a nenhum controle, ainda que de direito suprapositivo (conforme entendimento da mais alta Corte de Justiça do país), a constituinte podia estabelecer as exceções que bem entendesse, o que efetivamente fez no art. 33 do ADCT.

O Min. MOREIRA ALVES expressou, em ação direta de inconstitucionalidade, o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que esse Colendo Tribunal não tem jurisdição para fiscalizar o poder constituinte originário; portanto, “não pode ele distinguir as exceções que, em seu entender, sejam razoáveis das que lhe pareçam desarrazoadas ou arbitrárias, para declarar estas inconstitucionais. E isso sem considerar que a restrição admitida por Bachof é incongruente, pois quem é livre para fixar um princípio o é também para impor-lhe exceções. Por outro lado, as cláusulas pétreas *não* podem ser invocadas para a sustentação da tese da inconstitucionalidade *de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores*, porquanto a Constituição *as prevê apenas como limites ao poder constituinte derivado* ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo poder constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se imponha ao próprio poder constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Como observa GILMAR FERREIRA MENDES,⁸ a admissão dessas cláusulas decorre de concepção que foi desenvolvida por CARL SCHMIDT na vigência da Constituição de Weimar e que não se coaduna com a aceitação da tese da hierarquia entre normas constitucionais: ‘As emendas constitucionais haveriam de pressupor uma Constituição e seriam válidas em virtude desta Constituição’, e, portanto, ‘nesse sentido, uma mudança da Constituição seria apenas possível se preservasse a identidade e a continuidade do texto constitucional como um todo’. Daí acentuar SCHMIDT (*Teoría de la constitución*, Mexico-DF, Ed. Nacional, 1996, p. 122-123): ‘Las decisiones políticas fundamentales de la Constitución son asuntos propios del poder constituyente del pueblo alemán y no pertenecen a la competencia de las instancias autorizadas para reformar y revisar las leyes constitucionales. Aquellas reformas dan lugar a un cambio de Constitución; no a una revisión constitucional’, para mais adiante tirar esta conclusão: ‘Si por una expresa prescripción legal-constitucional se prohíbe una cierta reforma de la Constitución, esto no es más que confirmar tal diferencia entre revisión y supresión de la Constitución’.⁹

O Min. CELSO DE MELLO, igualmente, ao propósito, assim se manifestou: “Convém ressaltar, neste ponto, por necessário, que mesmo as emendas à Constituição Federal não estão excluídas da possibilidade de virem a constituir objeto de controle, abstrato ou concreto, de constitucionalidade. O Congresso Nacional, no desempenho de sua atividade constituinte derivada e

⁸ *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 120.

⁹ ADIn 815-3-DF, Serviço de Jurisprudência, DJ 10.05.1996, Ementário 1.827-02.

no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1.º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4.º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade. Emendas à Constituição – que não são normas constitucionais originárias – podem, assim, incidir, elas próprias, no vício da inconstitucionalidade, configurado pela inobservância de limitações jurídicas superiormente estabelecidas no texto constitucional por deliberação do órgão exercente das funções constituintes primárias ou originárias”.¹⁰

FÁBIO KONDER COMPARATO precisa bem a limitação imposta ao poder reformador, justamente por tratar-se de uma competência constitucional: “Hoje, já ninguém põe em dúvida que a reforma ou revisão de uma Constituição em vigor distingue-se, nitidamente, do poder de instituir *ex novo* uma ordem constitucional completa. Toda Constituição nova resulta de uma vontade política livre de qualquer vinculação constitucional anterior, vontade essa que representa o mais importante atributo da soberania. O poder de reforma constitucional, diversamente, só existe quando previsto ou regulado pela própria Constituição reformanda e aparece, por isso mesmo, como autêntico poder constituído. Mais precisamente, trata-se de uma função pública, isto é, um poder-dever delimitado normativamente e vinculado a uma finalidade de interesse comum a todos os que a ele se submetem”.¹¹

Tão poderosa é a submissão do poder constituinte derivado às vedações do art. 60 da CF que o Supremo Tribunal Federal já concluiu que é perfeitamente viável a utilização do *writ* para os casos em que a disposição constitucional veda a deliberação congressual, como se verifica deste trecho da ementa do acórdão prolatado: “Cabimento de mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do art. 57 [da CF/67 com EC n. 1/69]) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição”.¹²

¹⁰ ADIn 4662-600, Serviço de Jurisprudência, DJ 10.05.1991, Ementário 1.619-1.

¹¹ *Direito público: estudos e pareceres*, p. 26.

¹² MS 20.257-2-DF, rel. Min. MOREIRA ALVES, Serviço de Jurisprudência, DJ 17.06.1981, Ementário 1.201-2.

Por essas razões, o art. 33, análogo ao art. 78 adicionado ao ADCT, é constitucional, ao passo que o art. 78, quase uma reprise daquele, é formal e materialmente inconstitucional. Este é obra do poder constituinte derivado, aquele, criação do poder constituinte originário. É o que sustenta, também, JORGE MIRANDA: “No interior da mesma Constituição originária, obra do mesmo poder constituinte (originário), não divisamos como possam surgir normas inconstitucionais. Nem vemos como órgãos de fiscalização instituídos por esse poder seriam competentes para apreciar e não aplicar, com base na Constituição, qualquer das suas normas. É um princípio de identidade ou de não contradição que o impede. Pode haver inconstitucionalidade por oposição entre normas constitucionais preexistentes e normas constitucionais supervenientes, na medida em que a validade destas decorre daquelas; não por oposição entre normas feitas ao mesmo tempo por uma mesma autoridade jurídica. Pode haver inconstitucionalidade da revisão constitucional, porque a revisão funda-se, formal e materialmente, na Constituição; não pode haver inconstitucionalidade da Constituição”.¹³

Sobre os limites materiais da reforma, o mesmo JORGE MIRANDA ensina: “O problema dos limites materiais da revisão reconduz-se, no fundo, ao traçar de fronteiras entre o que vem a ser a função própria de uma revisão e o que seria já convolação em Constituição diferente. Por detrás dele, encontra-se uma iniludível tensão dialética entre transformação e subsistência e entre aquilo que se oferece mutável e aquilo que imprime caráter e razão de ser a Constituição. É um problema que se põe diante de qualquer Constituição e até diante do sistema jurídico em geral. Porque, em toda e qualquer Constituição, a revisão consiste em adotar preceitos sem bulir com os princípios, ele surge, haja ou não disposições que enumeram, mais ou menos significativamente, certos e determinados limites”.¹⁴

O ADCT faz parte da Constituição e é obra do mesmo legislador originário. Isso fez o Supremo Tribunal considerar constitucional o art. 33. Os mesmos argumentos que utilizou para cancelar este artigo deverão levá-lo, por coerência, a declarar inconstitucional o novo art. 78! Ora, se o atrito daquele artigo com postulados consagrados na Constituição era apenas aparente, pois fora concebido como mera exceção aos princípios e às normas gerais dispostas na área permanente da Constituição, e se esse poder quase ilimitado de excepcionar só é conferido ao constituinte originário, resta claro que o legislador da Emenda Constitucional n. 30 desbordou de sua competência.

04 - Do abuso do Poder Legislativo

¹³ *Manual de direito constitucional*, v. 2, n. 72, p. 291.

¹⁴ *Idem*, p. 173-174.

A regra de direito não é norma que prescinde de justificação, ela não basta a si própria e não se fundamenta no direito positivo. Ela não é superficial, apenas uma ínfima parte de seu conteúdo é positivada, como a ponta de um *iceberg* cuja base se oculta nas profundezas do oceano. BLACK, ao propósito, salientou que o ditame implícito na lei “é tanto parte de seu conteúdo como o que nela vem expresso”.¹⁵

O direito é captado na realidade social. O comportamento é trazido, qual ímã, para o mundo do direito. DUGUIT, nesse sentido, disse: “Longtemps avant que la notion de loi positive se soit formée dans les esprits et ait réalisée par l’établissement d’une législation écrite, il y avait des règles de droit. Longtemps avant qu’on ait demandé aux gouvernants de rédiger des lois, on leur a demandé d’assurer d’une manière régulière et permanente la sanction de telle ou telle règle. La fonction juridictionnelle a apparu dans les sociétés bien longtemps avant la fonction législative”.¹⁶

A lei constitucional, mais do que qualquer outra norma jurídica, busca sua legitimidade no “direito pressuposto”, conforme bem se apercebeu EROS GRAU: “Assim, o direito pressuposto brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram. O direito que o legislador não pode criar arbitrariamente – insisto – é o direito positivo. O direito pressuposto condiciona a produção do direito posto (positivo). Mas o direito posto transforma sua (dele) própria base.

Isso significa – afirmo-o em outros termos – que o direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto (direito positivo), mas este modifica o direito pressuposto”.¹⁷

A regra de direito positivo não se impõe sem a base sólida da regra de direito normativo para repousar. Uma lei pode estar conforme à legalidade, considerada como um conceito formal, mas, se for ilegítima, materialmente falando, não será uma instância da realidade. Isso porque o direito positivo não se justifica somente no sistema, ainda que estribado na lei fundamental, bastante a si próprio; ao contrário, sempre precisará de justificação social.

O poder derradeiro não pertence ao Estado, é-lhe atribuído pelo poder de fato do povo, que não necessita de nenhuma norma autorizadora. Por isso que o legislador não pode criar arbitrariamente o direito positivo. Mesmo positivado, faltar-lhe-á legitimidade. DUGUIT é contundente na análise: “Une règle de droit repose toujours sur un besoin social et sur le sentiment de l’équité tel qu’il existe à un moment donné dans la conscience des hommes. Une règle qui n’est pas conforme à l’équité n’est jamais une règle de

¹⁵ *Construction and interpretation of law*, p. 62.

¹⁶ *Traité... cit.*, t. I, p. 111-112.

¹⁷ *O direito posto... cit.*, p. 44.

droit. Une règle légale peut ne pas être conforme à l'équité: mais alors elle n'est pas une règle de droit".¹⁸

O legislador não deveria aceitar senão uma consciência mais vasta e abrangente da realidade, independentemente de posições políticas e fidelidade partidária, porque os fatos, a história, as experiências, as idéias, estão também em nós, plasmando uma consciência social em cada cidadão. A essência e fundamento do direito é feita na vida, de nada adiantando aprofundar a generalidade político-econômica se não levarmos em conta a particularidade dos fatos reais, medidos uns pelos outros. Nessa concreção do direito, a consciência do legislador deve-se dirigir para a totalidade do conhecimento, empiricamente testando e avaliando o mundo exterior em relação a si mesmo para avaliar a verdadeira necessidade da nação. IHERING disse se apercebeu bem: "Não é, pois, o conteúdo abstrato das leis, nem a justiça escrita no papel, nem a moralidade das palavras, que decidem o valor de um direito; a sua realização objetiva na vida, a energia, por meio da qual o que é conhecido e proclamado, como necessário, se atinge e executa – eis o que consagra ao direito o seu verdadeiro lugar".¹⁹

É a vida que devemos concretar na construção da norma abstrata! Mas não foi isso que o constituinte reformador fez na elaboração da EC n. 30/2000.

A realidade das injustiças, dos sofrimentos, das experiências de vida, na sua mais completa significação genérica, da morte nos corredores de hospitais à fome dos mendigos de rua, mostra-nos que a solução legislativa simplista, que pretende servir de remédio para todos os males, não está servindo, em verdade, para nenhum caso.

Não basta precisar o problema da falta de recursos para cumprir os deveres indeclináveis do Estado – é indispensável avaliar o fato social e a consequência do inadimplemento estatal. Para elegermos a resposta que merece ser positivada na regra de direito é preciso analisar todos os dados exaustivamente, ao mesmo tempo em que explicamos para nós mesmos o que é e o que deve ser. Parece insuficiente o legislador exibir o título de nomeação decorrente da procuração outorgada, expressa nos milhões de votos, pelos eleitores aos seus mandatários. Esse é o título formal de habilitação para exercer o poder em nome do povo, é a simples escolha dos seus representantes. As cláusulas do instrumento de mandato estão contidas na Constituição Federal. A legitimidade inicial do parlamentar deve ser reafirmada e solidificada dia após dia, na atividade legiferante da Casa das Leis.

É incompreensível que a atividade democrática se esgote nas eleições gerais; resulta insano circunscrever a participação popular ao momento eleitoral. Os eleitores julgam os seus mandatários de modo subjetivo

¹⁸ *Traité... cit.*, t. I, p. 183.

¹⁹ *O espírito do direito romano*, v. 3, p. 17.

e expressam-se das mais variadas maneiras para manifestar a sua aprovação ou repulsa; mas a avaliação que interessa ao direito é aquela feita, objetivamente, nos tribunais. O cidadão, isolada ou coletivamente, provoca o Judiciário e expõe o seu descontentamento com os mandatários que excederam os poderes conferidos. Essa avaliação é feita objetivamente, analisada em face da forma por que o mandato é passado. Para a evidência do poder excessivo, portanto, somente se faz mister a verificação dos poderes outorgados na Constituição Federal, pois que da existência ou inexistência de poderes conferidos é que se conclui a suficiência ou insuficiência do mandato parlamentar.

O abuso de poder, pois, funda-se na existência de uma cláusula restritiva de poderes que o mandante fez inserir na Constituição (art. 60). Essa cláusula garante os limites que devem ser observados pelo constituinte reformador e só pode ser ilidida na presença de extrema excepcionalidade...

Caso não se aceite essa versão, de todos conhecida, é forçoso admitir, então, que o inadimplemento decorreu de extrema incompetência ou ... benevolência da sociedade. Os governantes acostumaram-se à inadimplência e escudam-se na prevalência do bem comum para penalizar o particular que mendiga o seu crédito. Esquecem-se, todavia, das palavras de São TOMÁS DE AQUINO: o bem comum é a soma do bem coletivo com cada bem individual.

Parece irrisão querer justificar a suficiência de poderes diante dos termos do art. 60 da CF, do art. 5.º, e de tantos outros dispositivos constitucionais. A lei editada fora dos limites do mandato é radicalmente nula em relação ao mandante, deduzindo-se daí que basta o Judiciário pronunciar-se no controle concentrado ou difuso de constitucionalidade para fulminar o excesso, ou desvio de poder. Falta à legitimidade da lei o sopro vital: o consentimento do mandante, que foi expressamente ressalvado no art. 60 da CF, e, sem esse consentimento, que lhe dá autoridade, a lei não ganha força para que a ela se vincule o mandante.

Não pode, assim, a Justiça permanecer inerte e aceitar a vazia argumentação de que a sobrevivência da política econômica depende do sacrifício de todos nós, como expresso pelo Min. CELSO DE MELLO: “Não me preocupa a relação dilemática por alguns proposta, que chega até mesmo a proclamar, pelo alegado *receio da destruição* da ordem econômica-social, a virtual possibilidade de *desrespeito ao ordenamento constitucional como condição de êxito* do Plano Econômico”.²⁰

PAULO BONAVIDES, oportunamente, lembra a célebre decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha, no caso *Elfes*, relativa à inconstitucionalidade material de leis: “As leis, para serem constitucionais, não basta que hajam sido formalmente exaradas. Devem estar também

²⁰ ADIn 293-7/600-DF, Serviço de Jurisprudência, DJ 16.04.1993, Ementário 1.699-1.

materialmente em consonância com os superiores valores básicos da ordem fundamental liberal e democrática, bem como com a ordem valorativa da Constituição, e ainda hão de guardar, por igual, correspondência com os princípios elementares não escritos da lei maior, bem como com as decisões tutelares da lei fundamental, nomeadamente as que entendem com o axioma da estatalidade jurídica e o princípio do Estado Social”.²¹

05 - A nova e inconstitucional moratória

O art. 78, acrescentado ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias pela EC n. 30, foi editado com a finalidade específica de adiar o pagamento de dívidas imoderadamente acumuladas por todos os entes federativos, que nunca demonstraram a menor boa vontade em saldá-las. Abstraindo-se o fato de que não havia competência formal para o ato, em razão da expressa disposição constante do art. 60, § 4.º, IV, da CF, averiguamos que o fim almejado não encontrava apoio no Texto Maior. O Poder Legislativo somente pode exercer a sua liberdade discricionária na apreciação e regramento de fatos e necessidades sociais se conformar-se à estrita finalidade do ato. Essa finalidade não pode, de nenhuma maneira, confundir-se com o móvel menos nobre de desonrar compromissos assumidos.

Na interpretação concreta do art. 78 do ADCT, é preciso ter em mente as conseqüências previsíveis da manutenção ou repúdio da exceção imposta à isonomia, ao direito adquirido, à coisa julgada, à justa e prévia indenização nas desapropriações e no pagamento da dívida judiciária do Estado com o particular.

Muitos precatórios que não foram pagos no escalonamento de dívidas feito pelo art. 33 do ADCT até agora não foram quitados. Não foram pagos nem aqueles precatórios, nem a maior parte dos emitidos na década passada. Esse precedente demonstra claramente qual o prognóstico verdadeiro para o novo parcelamento de dívidas judiciárias. É de conhecimento geral o descontrole do Executivo nos gastos públicos, empregados na realização de obras faraônicas e distribuição de verbas destinadas à manutenção do poder político dos governantes. Mesmo acumulando dívidas monstruosas, não vemos diminuir os escândalos e investimentos supérfluos, sem nenhuma contenção de gastos. O que percebemos, com assiduidade, são os governos de todos os níveis federativos freqüentando as manchetes dos diários sensacionalistas. Não há disposição séria, continuada, para a austeridade. É evidente que há honrosas exceções, mas a Administração saneadora não encontra prosseguimento nos governos seguintes. Desse modo, o prognóstico não pode deixar de ser feito, não se utilizando para isso mais que fatos notoriamente conhecidos. Não há como negar que a primeira, de oito anos, não teve o desenrolar anunciado e esperado pela constituinte de

²¹ *Curso... cit.*, p. 342.

1988. Ao revés, a facilidade com que os maus pagadores se livraram da dívida estimulou a inadimplência oficializada. Nesse sentido, de correção de fatos e prognoses legislativos, o Min. GILMAR FERREIRA MENDES ensina que “uma vinculação estrita do órgão judicial aos fatos e prognoses legislativos fixados pelo legislador acabaria, em muitos casos, por nulificar o significado do controle de constitucionalidade. Não é preciso ressaltar também que a negativa do tribunal de examinar, com todos os elementos disponíveis, a correção dos fatos e prognoses estabelecidos pelo legislador pode corresponder a uma vinculação, ainda que não estritamente consciente, aos fatos legislativos pressupostos ou fixados pelo legislador. Em outras palavras, tal postura poderá significar, em verdade, uma renúncia à possibilidade de controle de legitimidade da lei propriamente dita. Ou, o que se revela igualmente inadequado e grave, a não adoção de processos racionais de apreciação dos fatos e prognoses legislativos poderá ensejar decisões lastreadas apenas em bases intuitivas”.²²

Ainda que não seja possível ir além do prognóstico, é necessário dar a devida atenção à história recente. De qualquer forma, a exceção aos postulados constitucionais levada a efeito pelo constituinte originário, embora colocasse o credor da Fazenda Pública em posição genuflexa, era legal, ao passo que o atual não tem competência para excepcioná-los. Sabe-se que esse procedimento, em tese, só pode ser admitido ao poder reformador em casos de magnânima excepcionalidade, que, *data venia*, não se apresenta nesse caso. Repugna ao bom senso e à moral a banalização da exceção por motivo tão pouco dignificante, pois a grave situação de inadimplência foi conscientemente provocada pelos próprios governantes. A nova moratória, que equivale quase a um perdão, estimulará, certamente, seguidas concessões e a certeza de que as dívidas públicas não devem ser honradas. O panorama sempre sombrio e catastrófico apresentado todas as vezes que se quer exigir o cumprimento das obrigações do Estado, e a condescendência de todos nós, que permitimos a suplantação de inafastáveis princípios de direito em nome de interesses mesquinhos e sazonais, garantirão a perpetuidade da imoralidade na Administração Pública.

Com a edição da EC n. 30/2000 e a inclusão do art. 78 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o constituinte reformador, inspirado na facilidade com que o art. 33 parcelara a dívida contida nos precatórios judiciais, abriu uma janela para o passado e imaginou-se investido em alguns dos poderes do constituinte originário. A um só tempo, imitando o legislador de 1988, desvencilhou-se dos rigores do art. 60 da CF e desprezou a isonomia (art. 5.º, *caput*, da CF), a coisa julgada e o direito adquirido (art. 5.º, XXXVI, da CF), a justa indenização (art. 5.º, XXIV, da CF), o pagamento dos precatórios judiciais (art. 100 da CF) e o princípio da segurança jurídica.

É a seguinte a redação do seu art. 2.º: “É acrescido, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o art. 78, com a seguinte redação:

²² Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. RT 766/27.

‘Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos. § 1.º É permitida a decomposição de parcelas, a critério do credor. § 2.º As prestações anuais a que se refere o *caput* deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora. § 3.º O prazo referido no *caput* deste artigo fica reduzido para dois anos, nos casos de precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse. § 4.º O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou determinar o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação”’.

06 - Da violação do direito adquirido e da coisa julgada

Ninguém exprimiu melhor a dor e a insegurança daquele que se sentia protegido pelas situações consolidadas no tempo mas viu reacenderem-se todos os temores e todas as angústias da incerteza provocada pela iniquidade de uma legislação retroativa do que PORTALIS: “O homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não se pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso de seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as suas incertezas. Na ordem da natureza, só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira de nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças”.²³

A norma de direito, que normalmente se projeta para o futuro, pode alcançar as situações passadas desde que respeite o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, nos termos do art. 5.º, XXXVI, da CF. A garantia do direito adquirido foi frontalmente violada pela EC n. 30/2000. Findo o processo de conhecimento e de execução, sob a lei de seu tempo, é expedido o precatório para pagamento até o final do exercício seguinte. Fica, assim, o credor da Fazenda Pública certo de que, em tese, até 30 de dezembro

²³ Apud VICENTE RÁO. *O direito e a vida dos direitos*, v. 1, t. II, p. 428.

do exercício seguinte ao da apresentação, a ordem judicial deve ser obedecida. O fato de o Estado desobedecer a determinação judicial em nada altera o direito adquirido pelo credor, que tem significado econômico e ingressa no patrimônio do titular. Não mais se trata de expectativa de direito, mas de direito adquirido, com significação econômica, que não pode mais, sem lesão, ser excluído ou alterado pela lei superveniente.

CARLOS AYRES BRITTO e VALMIR PONTES FILHO também esclarecem que “a permanência ou não de um direito já adquirido é matéria que se equaciona, antes de tudo, em face do originário Texto Maior. E não das emendas, porque as emendas constitucionais são padecentes de inferior hierarquia jurídica, se confrontadas com a primitiva Constituição. É sempre necessário ver se existe no assoalho da própria Constituição um regime pronto e acabado para o instituto do direito adquirido. E o fato é que esse regime existe, nos marcos da nossa atual experiência constitucional, a partir da altissonante regra de que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’ (art. 5.º, inciso XXXVI)”. Ressaltando que a possibilidade de desconsideração desses institutos fragilizam notavelmente o princípio da segurança jurídica, que dá consistência e estabilidade ao direito, enfatizam que “a derrubada de um direito adquirido também possibilitaria o abate do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, pelo mesmo fato de que esses dois outros institutos foram consagrados na mesmíssima regra constitucional de reconhecimento do primeiro. A justificativa para guilhotinar um deles é a mesma para a derruição dos outros dois, e aí já não se tem como escapar à conclusão de que as emendas assim apresentadas tendem efetivamente à abolição da garantia individual da segurança”.²⁴

Acresce notar que essa lei superveniente, no caso, não regula todos os casos presentes e futuros, mas somente os precatórios passados, provenientes de ações intentadas até 31 de dezembro de 1999. É, portanto, *uma lei voltada para o passado*, para remendar uma insolvência crônica do Estado.

O *princípio da isonomia* também ficou irremediavelmente violentado com a diferença de tratamento dado entre os titulares de precatórios. Há alguma razão plausível para essa distinção, para considerar que apenas os credores portadores de precatórios vencíveis até o fim de 2001 devem receber o seu crédito em dez anos? Por que os que ajuizaram as ações a partir de 2000 podem receber os pagamentos à vista, conforme a regra geral? A resposta é óbvia: porque o Estado diz não poder pagá-los, por mera conveniência, e porque a Emenda estabeleceu uma exceção à regra geral, prevista no art. 100 da CF. O argumento utilizado pelos parlamentares que integram a base política do governo, de que o princípio da igualdade não foi agredido porque todos os que se encontravam na mesma situação de credores da Fazenda Pública foram alcançados pela mesmo escalonamento de dívidas e de que o parcelamento era um benefício para que não aguardassem dez ou vinte anos, sem nada receberem até lá, lembra a cáustica observação de

²⁴ *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, v. 2, p. 154.

ANATOLE FRANCE, trazida por NAGIB SLAIBI FILHO: “Em sua majestade, a todos a lei trata da mesma forma, dando direito aos ricos e aos pobres de, no inverno, dormirem sob as pontes de Paris...”.²⁵ Trata-se, por certo, de uma igualdade “à moda do porco de ORWELL, no bojo da qual havia – como há – os “iguais” e os “mais iguais”: “All animals are equal, but some animals are more equal than others”.²⁶

Dessa forma, como vimos, o poder reformador não podia alterar a disposição constitucional, porque o princípio do pagamento dos precatórios judiciais estava amparando situações consolidadas de direito adquirido pelos seus titulares, fundadas em decisões judiciais irreversíveis.

A legitimidade da reforma, em última análise, depende da legitimidade do constituinte. Se a reforma tivesse peso exatamente igual ao da norma originária, e aceitando-se que não há antinomia entre normas originárias, estas poderiam ser suplantadas, eventualmente, na interpretação dos tribunais. Não haveria nunca, também, antinomia entre normas originais e derivadas. Ora, nessa linha de pensamento, o substrato básico da Constituição iria aos poucos se alterando, até a desfiguração completa, o que, convenhamos, não foi intenção do constituinte originário. Como a função legislativa, mesmo a do constituinte derivado, é essencialmente vinculada à norma que o instituiu, seria impensável considerá-las iguais. Se o poder reformador se submete à norma constitucional – que lhe deu competência para a reforma –, por outro lado o originário pressupõe a necessidade de alterá-la em sua essência, pois, se a alteração fosse apenas superficial, bastaria reformá-la. Por isso que o poder originário rompe com todos os laços da Constituição superada, exatamente porque o poder reformador não tinha competência para a modificação na profundidade pretendida.

Se é, em resumo, imprescindível a correspondência entre o preceito consubstanciado na norma jurídica e o consenso social de que esse preceito merece ser positivado, e isso se faz com o assentimento dos princípios jurídicos, é indisputável que o consenso da massa das consciências individuais só pode ser avaliado sob a luz da moral e da ética. Elas não produzem diretamente o direito, mas são a sua medida e fundamento original. Afinal, são os princípios morais que determinam, no ápice da consulta aos princípios jurídicos, qual deles será superado pelo outro, e em que proporção. Dessa forma, o calote aplicado indistintamente a todos os credores com ações ajuizadas até 31.12.1999, sem fundamentação convincente, não é moralmente aceitável e estimula o mais temível arbítrio, o arbítrio legal, que se infiltra no mais profundo alicerce da pirâmide normativa.

Já foi dito que o homem moderno vive na servidão consentida das leis. Se o Legislativo não observa ele próprio a Lei Maior, o pacto acordado no transcorrer dos séculos é rompido e os temores que a geração atual não conhece senão nos livros, mas que carrega atavicamente nos cantos escuros da mente, são despertados para o sobressalto da desconfiança e da revolta. Quando o direito é imposto às pessoas, causando-lhes prejuízo, sem um

²⁵ *Ação declaratória de constitucionalidade*, p. 20.

²⁶ EROS GRAU, *O direito posto...* cit., p. 119.

motivo ético ponderoso, afasta e exclui a participação popular capaz de dar o arrimo imprescindível a um plano econômico. Esse retrocesso não aproveita a ninguém, nem ao Estado, que perde o respaldo do verdadeiro mandante, nem ao povo, que descobre que nada conquistou.

06. A PEC 12, SEUS VÍCIOS E INCONSTITUCIONALIDADES

A Proposta de emenda constitucional que ora se analisa padece de vícios insanáveis. Busca o pagamento dos precatórios após prévia compensação com débitos inscritos na dívida ativa (art. 1º). Assim, o direito que foi assegurado ao credor e decorrente de decisão judicial transitada em julgado não irá para sua disponibilidade jurídica. Antes, deverá ser feita a devida compensação (verificação de débitos tributários ou não inscritos na dívida ativa e, em os havendo, serão, antes de qualquer levantamento, servir para pagamento dos débitos existentes, até o valor em que se encontrarem). Em sendo assim, o credor, depois de longo tempo de espera e, em existindo tais débitos, e sendo eles inferiores ao valor do levantamento, nada receberá.

O Estado, sem qualquer concurso entre os credores (pois outros podem existir), estará se apropriando, mediante expropriação do crédito, do valor correspondendo ao débito existente na dívida ativa.

Credor privilegiado por previsão constitucional. É o nosso país, cheio de mistérios e de desvãos. De crimes praticados em nível constitucional contra credores de mau pagador. Apropriação indébita de crédito. Vergonha inenarrável a qualquer cidadão (aquele que realmente exercita seus direitos em face do Estado).

Como se tal não bastasse, o devedor apenas pode dispor de percentual fixo para o pagamento de seus débitos. Por força de preceito constitucional, se aprovado, preserva o Estado seu patrimônio e suas receitas. O credor, ora, o credor. Este é irrelevante. Pode estar à morte, mas o patrimônio do Poder Público é inatacável, ainda que o ente credor tenha desviado recursos, malbaratado receitas públicas, se corrompido, adulterado documentos, deixado de prestar contas e feito mau uso dos recursos, uma vez que desapropriou mal o bem particular, avaliou por baixo e não cumpre o que manda a constituição. Apesar de tudo, recebe benesse do constituinte, qual seja, de apenas vincular ao pagamento de seus débitos, apenas 3% da receita primária líquida do ano anterior, se Estado ou União e 1,5% da mesma base de cálculo para os Municípios (art. 2º).

Observe-se que os entes federativos podem até ser reconhecidamente devedores (uma vez que houve trânsito em julgado da decisão que os condenou), mas são premiados pelo constituinte derivado com o fato de não estarem obrigados, de agora em diante (se aprovado o texto), a disporem de mais do que os limites estipulados, ainda que haja fila de credores e os coitados já terem sido obrigados a longa espera.

Dos recursos previamente estipulados, 70% de cada ente federativo serão destinados ao pagamento dos credores habilitados em leilão. Ah! É verdade. Esquecia de esclarecer ao leitor que deve haver um leilão dentre os credores. Deverão optar por tal forma de pagamento (sob pena de nada receberem e continuarem na fila, para recebimento na posteridade ou aos pósteros que, então, serão beneficiados – será?). A partir de terem exercitado sua opção, participarão do leilão e terão que reduzir ao máximo o *desconto* do crédito que possuem, volto a insistir, decorrente de *decisão judicial transitada em julgado*. Aquele que der o maior desconto (parece coisa de piada de comerciante, camelô ou, então, de comprador nos deliciosos mercados árabes ou turcos, em que a pechincha faz parte da negociação, por força de hábito secular de tais notáveis povos) leva o pagamento. Pode ser que do valor que tenha para receber saia por 15% ou 20%, dependendo da disponibilidade dos demais credores.

Caso o credor não opte por participar do leilão, dos valores disponíveis em orçamento, apenas 30% é que ficam para o pagamento de seus créditos. Como optaram por não abrir mão de seu crédito, pretendendo recebê-lo integralmente, são castigados, isto é, sancionados com a redução dos recursos disponíveis para pagamento de seus *direitos*.

Mais que isso, os valores serão pagos na ordem crescente do crédito, a saber, aqueles que têm quantias menores serão pagos em primeiro lugar. Cuide-se, portanto, você que é credor de quantias polpudas e não quis abrir mão de seu direito, uma vez que você poderá nada receber no exercício e ficará para o seguinte, oportunidade em que o ritual se repete. A saber, você continuará nada recebendo e será recordista como credor do governo. Se você pretender figurar no Guinness, pode aguardar que será contemplado como o credor que durante mais tempo espera pagamento do Poder Público.

A compulsoriedade no abrir mão de recursos obtidos por força de expropriação de seus bens ou de créditos alimentares, agride não só o *princípio da coisa julgada*, como também o do *devido processo legal*. Agredirá, também, o princípio consagrado no direito brasileiro do *princípio da ordem cronológica de apresentação dos precatórios*.

Em acórdão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, decidiu-se que “a Carta da República homenageia a igualação dos credores” (ADIN, n. 1.098-1/SP, rel. Min. MARCO AURÉLIO). Mais um princípio que será quebrado com a aprovação eventual da PEC em discussão. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal assentou que “a norma consubstanciada no art. 100 da Carta Política traduz um dos mais expressivos postulados realizadores do princípio da igualdade, pois busca conferir, na concreção do seu alcance, efetividade à exigência constitucional de tratamento isonômico dos credores do Estado” (ADIN 584/PR, rel. Min. CELSO DE MELLO).

No mesmo sentido a lição de ALEXANDRE DE MORAES, ao afirmar que o art. 100 da Constituição Federal disciplina os pagamentos “com a finalidade de assegurar a isonomia entre os credores” (“Constituição do Brasil

interpretada”, Ed. Atlas, 2002, pág. 1.353, em comentário ao art. 100).

06. DA INADMISSIBILIDADE DA PEC 351 E DE SEUS APENSOS.

Do quanto se vem dizendo, evidente está que a Proposta de Emenda Constitucional *não pode ser admitida*, por agredir cláusula pétrea, na forma do parágrafo 4º. Do art. 60 da Constituição Federal, uma vez que agride não apenas o *princípio da separação dos poderes*, como também o *os direitos e garantias individuais*, ou, mais especificamente: a) agride o princípio da isonomia de todos perante a lei; b) o princípio de que não pode haver agressão à coisa julgada; c) o princípio de que não pode ser hostilizado o ato jurídico perfeito; d) invade a esfera de intimidade do Poder Judiciário, descumprindo o que este decidira, o que viola o *princípio da tripartição dos poderes*.

Todas as propostas objetivam permitir a que governos estaduais e municipais dêem mais calote em todos seus credores.

Diferentemente de todos os devedores que têm que sacrificar seu patrimônio pessoal para satisfazer seus débitos, a Fazenda Pública objetiva não pagar seus credores, sob a pálida alegação de que se cuidam de débitos anteriores, passados de más gestões e que os erários não têm qualquer condição de satisfazê-los.

A PEC que veio do Senado da República busca duas importantes inovações, como todas as demais: a) vincular percentual máximo da receita, para satisfação de seus débitos e b) permitir leilões entre os credores para recebimento do que lhes é devido.

Dos recursos vinculados ao pagamento, sessenta por cento (60%) serão destinados ao pagamento dos precatórios por meio de leilão e quarenta por cento (40%) mediante pagamento direto.

Significa, num primeiro plano de análise, que todos aqueles que estão aguardando a longa fila do pagamento que devam, em primeiro lugar, inscreverem-se para o recebimento mediante leilão. Deverão oferecer portentoso *deságio* para que possam concorrer em igualdade de condições com todos os demais.

Na seqüência, aquele crédito que era líquido e certo irá ser reduzido em seu montante, para efeito de *compensação* e *pagamento* com o tributo eventualmente devido pelo credor/devedor.

A saber, institui-se o Estado todo poderoso, mau pagador, protetador de suas obrigações e descumpridor no cumprimento de seus deveres institucionais contra, literalmente contra, o credor, pobre e espezinhado, que aguarda na longa fila, como das entidades bancárias ou dos institutos de previdência, a mendigar o pagamento ou satisfação daquele crédito que já existe há longos anos.

Pior, crédito que foi apurado e reconhecido pelo Poder Judiciário que se mostrou incompetente para satisfazer seu próprio julgado.

Passamos do Estado real, ético, cumpridor de seus deveres constitucionais, para o Estado aéctico, inadimplente e que homenageia a chicana, o não pagamento, a protelação de suas obrigações.

Nas audiências públicas que se realizaram, assistimos a um bem armado folclore do mau pagador. O coitadinho do Estado que não tem como satisfazer suas obrigações para com seus credores, porque houve desapropriações desordenadas e irresponsáveis. A saber, o proprietário de então, perdeu seu bem, teve que entregá-lo ao poder público, por força de aquisição denominada originária, com depósito ofertado insuficiente. O novo proprietário, que é o dono do cofre, não efetua o pagamento, torna-se impotente para satisfazer seus débitos, debita a conta a má gestão anterior e o antigo proprietário que perdeu sua propriedade, deixa de receber o que lhe é devido, sob alegação do *impagável financeiramente*.

Conhecida é a decisão do Supremo Tribunal Federal de que não se paga o precatório, não se intervém na unidade federativa devedora, sob a alegação do *possível financeiramente*.

Justifica-se, assim, a má gestão anterior, mas o que se pretende é salvar a administração atual. Quem assume governo, não quer pagar precatório, sob a alegação de que deve investir em prol da sociedade.

O que se passa, em verdade, não é, literalmente, a anulação da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. É sua flexibilização. É a era dos direitos (pobre Bobbio) em que já não se deve estabelecer os direitos, mas satisfazê-los. E o Congresso Nacional estará pronto a aniquilá-los ou ao menos flexibilizá-los.

A PEC 395 do digno deputado Guilherme Campos que teria tido o grande propósito de *sanear* as anteriores, padece dos mesmos vícios de inconstitucionalidade. Em verdade, veio para piorar, porque institui, agora, percentuais que desequilibram a federação.

O art. 97 que se pretende acrescentar (veja-se a insanidade de nossa Carta Magna – chamá-la assim homenageia denominada Carta outorgada – e não a elaborada pelo Parlamento, porque vem de cima para baixo, de forma a fazer-nos engolir absurdos legislativos) institui o regime especial (que são débitos subordinados a leilão) pelo prazo de quinze (15) anos.

Estabelece, por outro lado, pagamento *regionalizado* dos débitos, de forma a criar mais *dois tipos de credores* ou diversos tipos de credores. Os credores localizados nos Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro Oeste apenas poderão disputar 1,5% (um e meio por cento) das receitas dos respectivos Estados e os das regiões Sul e Sudeste 2% (dois por

cento).

Ora, a dicção do parágrafo 4º do art. 60 da Constituição Federal é bastante esclarecedor, no sentido de que não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional *tendente a abolir* a forma federativa de Estado (inciso I). Como se pode criar distinção de credores entre Estados federativos, sem lesionar, de frente, o pacto federativo. Qual será o credor mais beneficiado? De que Estado é a pessoa? Então, você será mais beneficiado por nosso legislador constituinte derivado. Tenhas suas bençãos.

Para os Municípios, a mesma solução. Escolha bem o Município onde você residirá no futuro, porque pode ser importante para que, então, em nossa alteração, você possa receber seu crédito ou tornar-se um credor de primeira ou de segunda categoria, dependendo de onde você residir.

Em sendo assim, nossa Constituição passa a ser um caprichoso decreto. Nem se constituição, nem de lei se pode rotular a redação proposta. Mas de mero decreto ditatorial que cassa direitos, suspende garantias, agride a federação, humilha a república, desprestigia o Judiciário e elege, como todo poderoso o chefe do executivo, porque dele depende a alimentação de muitos e a sobrevivência de outros tantos.

Falamos, a pouco, dos credores decorrentes de créditos advindos da desapropriação. Não mencionamos o que há de mais pungente, ou seja, os credores alimentares, isto é, daqueles coitados que aguardam na fila não para receberem seus créditos, mas para saberem se seus pósteros poderão auferir alguma coisa. Talvez já não os filhos, provavelmente os netos. Seguramente, nenhum dos credores atuais receberá seu crédito. Perdão recebê-lo-a, sim, mas não o que tem direito, apenas e tão-somente, o que Estados e Municípios poderão oferecer. Restos de seus sonhos duramente adquiridos. Condenações decorrentes de decisões judiciais que reconheceram direitos, por força de leis mal feitas e não cumpridas, de deveres que o Estado deixou de satisfazer, de obrigações que não satisfez.

Pior ainda, Senhor Presidente, o parágrafo 3º do art. 100 remete para lei local o que já está longamente definido por leis anteriores e o parágrafo 12 do art. 97 do ADCT estabelece novos valores sobre aqueles que já estão definidos em leis estaduais e municipais. Algaravia total.

O novo título de crédito a que alude o digno relator não é novo. Ela já existe há muitos anos. E não há como desapegá-lo do direito originário a que está vinculado. Os créditos alimentares, assim definidos pelo próprio legislador constituinte constitui-se em crédito que empresta sobrevivência a muitas pessoas. Eles é que dão subsistência a inúmeros credores públicos. Muitos estão na saudosa expectativa (com perdão do oxímoro) de receberem alguma coisa para garantir seus netos...quicá.

Em suma, o mau pagador, agora não precisará incluir em seu orçamento receita suficiente para o pagamento de seus débitos. Vejam que fantástico. Todo brasileiro minimamente responsável tem que se enquadrar em

seu orçamento. Eu mesmo, em minhas aulas de direito financeira que profiro na Universidade de São Paulo tenho dito que o orçamento público, no aspecto de seu balanceamento, isto é, de seu equilíbrio, deve ter a receita adaptada a receita. Tal princípio orçamentário passa a ser uma falácia. Já não vale, porque o Estado apenas vinculará uma parte de suas receitas para pagamento de seus credores. Como ficam os devedores públicos? Porque não dar a eles o mesmo direito? Porque ignorá-los?

Teremos que rever os princípios orçamentários e as respectivas leis que deles cuidam, uma vez que sua estrutura já não será a mesma, ao menos durante um bom tempo, isto é, enquanto durarem os efeitos da emenda constitucional se aprovada.

Na esteira do que analisei anteriormente, em relação às emendas constitucionais anteriores que cuidaram do mesmo tema, a norma que se pretende aprovar é absolutamente inconstitucional, porque:

- a) lesiva ao princípio federativo (divisão do país em regiões para pagamento de créditos);
- b) à república (violação da responsabilidade do governante – comum no Brasil),
- c) à coisa julgada (descumprimento da decisão transitada em julgado),
- d) dão direito adquirido (ao montante fixado em liquidação),
- e) ao ato jurídico perfeito (já consolidado em todas suas circunstâncias),
- f) à separação dos poderes (porque invade competência do Judiciário),
- g) princípio da igualdade (isonomia), como, aliás, já decidiu a Suprema Corte (ADIN 1.098-1/ SV Relator Ministro MARCO AURÉLIO e ADIN 584/ PR Relator Ministro CELSO DE MELLO).

Meu voto propõe a rejeição de todas as emendas, porque são inadmissíveis, por agredirem cláusulas pétreas que informam o ordenamento jurídico brasileiro.

Sala da Comissão, em 27 de agosto de 2009.

Deputado Regis de Oliveira