

## REFLEXÕES SOBRE A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/09

Editada a Emenda Constitucional nº 62, em 9 de dezembro de 2009, o pânico se estabeleceu entre os credores de precatórios. Viria mais um calote do Poder Público, nos moldes dos instituídos nos anos de 1988 e 2000 (artigos 33 e 78 do ADCT, respectivamente). Primeiro oito, depois dez e agora quinze anos, com o chamado "regime especial".

A inovação constitucional transferiu aos Tribunais de Justiça Estaduais a administração de uma "massa falida", mas com a diferença de não permitir às partes diretamente interessadas a livre negociação. O dinheiro é disponibilizado pelas Fazendas devedoras aos tribunais que, por sua vez, o transfere aos credores, em conformidade com as regras do regime especial esquematizado no art. 97 do ADCT.

Certamente os tribunais não estavam aparelhados para assumir tal ônus. Observe-se, ainda, que o administrador de uma massa falida percebe remuneração pelo encargo, ao passo que os tribunais, com o novo regime, absorveram o "prejuízo" de contratar servidores e insumos à custa dos contribuintes, muitos deles também credores de precatórios.

Não tardou, pois, a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4357 pelo Conselho Federal da OAB, em 15/12/2009, pleiteando, em linhas gerais, a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 62/09, julgamento que somente terminaria cinco anos depois. Foram ajuizadas, também, as ADIs 4372, 4400 e 4425, e determinado o apensamento aos autos da ADI 4357 para julgamento conjunto.

Em razão da inércia do Poder Legislativo em regulamentar a Emenda, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, órgão encarregado pela Constituição Federal de controlar e fiscalizar o Poder Judiciário se voluntariou a atuar em outra frente, estabelecendo regras mínimas de uniformização de procedimentos nos tribunais e orientação dos departamentos de execução de precatórios. Assim, foi editada a Resolução nº 115, de 29 de junho de 2010, alterada pelas Resoluções nºs. 123/10 e 145/12. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio de sua Coordenadoria de Precatórios, editou as Ordens de Serviço nºs. 1, 2 e 3 de 2010.

As Resoluções, contudo, foram editadas no limite da constitucionalidade (ou da inconstitucionalidade). Até hoje se discute os limites da atuação do CNJ, notadamente do poder normativo. Há quem entenda que as funções do Conselho são meramente administrativas, impedindo-o de dispor sobre interpretação de norma. Outros sustentam que as Resoluções tratam de "gestão de precatórios", não havendo regulamentação normativa pelo Órgão.

Depreende-se do texto das Resoluções que o CNJ extrapolou os limites da mera "gestão de precatórios", para ditar a interpretação de alguns dispositivos da EC nº 62/09. Para se ter uma ideia, o art. 20, § 1º, da Resolução nº 115, interpretou o art. 97, § 1º, do ADCT para determinar que o percentual da receita corrente líquida a ser depositada pelo ente devedor corresponderia à projeção do débito consolidado para pagamento dos precatórios em 15 anos, imposição que, em muitos casos, superou em muito o piso constitucionalmente previsto, entre 1% e 1,5% (art. 97, § 2º, II, do ADCT). A exegese foi no sentido de que a conjunção alternativa "ou" expressa no inciso I do § 1º do art. 97, deveria ser lida como conjunção aditiva "e", concluindo-se que a escolha do ente devedor poderia ser o regime de depósito anual (15 parcelas) ou mensal, desde que, neste caso, o percentual depositado todos os meses fosse suficiente para quitar a dívida em 15 anos.

A interpretação do dispositivo do ADCT feita pelo CNJ, por meio da Resolução nº 115 é inconstitucional. A uma porque a interpretação das normas constitucionais compete ao Supremo Tribunal Federal. A duas porque a Constituição Federal atribuiu ao CNJ apenas atribuição administrativa

de fiscalização financeira e funcional do Poder Judiciário (art. 103-B, § 4º), não deferindo qualquer função jurisdicional.

Não se ignora que, escorados na Resolução nº 115/10, os Tribunais de Justiça convocaram as entidades públicas a fim de indicar o novo percentual da receita corrente líquida necessária à quitação dos precatórios em 15 anos. A medida, em muitos casos, redundou em elevação do percentual depositado e, por corolário, do volume de pagamento dos credores.

A insegurança jurídica estabelecida pela edição de Emenda Constitucional não regulamentada pelo Poder Legislativo, que gerou inúmeras demandas judiciais começaria a se dissipar. Na sessão plenária de 14 de março de 2013, o Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente o pedido na ADI nº 4357, a fim de declarar a inconstitucionalidade:

- a) da expressão “na data de expedição do precatório”, contida no § 2º do art. 100 da CF<sup>1</sup>;*
- b) dos §§ 9º e 10 do art. 100 da CF<sup>2</sup>;*
- c) da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, constante do § 12 do art. 100 da CF, do inciso II do § 1º e do § 16, ambos do art. 97 do ADCT<sup>3</sup>;*
- d) do fraseado “independentemente de sua natureza”, inserido no § 12 do art. 100 da CF, para que aos precatórios de natureza tributária se apliquem os mesmos juros de mora incidentes sobre o crédito tributário;*
- e) por arrastamento (itens “c” e “d” acima), do art. 5º da Lei 11.960/2009;*
- f) do § 15 do art. 100 da CF e de todo o art. 97 do ADCT (especificamente o caput e os §§ 1º, 2º, 4º, 6º, 8º, 9º, 14 e 15, sendo os demais por arrastamento ou reverberação normativa).*

Ocorre que os dispositivos declarados inconstitucionais, originários da EC 62/09, produziram efeitos jurídicos, haja vista o indeferimento de medida liminar na ação direta de inconstitucionalidade, obrigando o Supremo Tribunal Federal a modular os efeitos da decisão.

Com o julgamento da Ação Direta, parte da comunidade jurídica, inclusive dos tribunais, passou a aplicar a decisão da Suprema Corte imediatamente, retornando-se à ordem única de pagamento cronológico, com as preferências em razão da natureza dos precatórios e aplicação de índices de atualização e juros vigentes antes de dezembro de 2009. Os entes públicos devedores, por sua vez, paralisaram o depósito do percentual mínimo da receita corrente líquida, considerando a inconstitucionalidade integral do art. 97 do ADCT.

O caos foi novamente estabelecido. Bem ou mal, os entes devedores estavam conseguindo pagar os precatórios pelo regime especial, reduzindo seus estoques, e agora nem o mínimo seria depositado.

<sup>1</sup> Art. 100, § 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais **na data de expedição do precatório**, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

<sup>2</sup> Art. 100, § 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de **compensação**, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

<sup>3</sup> **§ 10.** Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preenchem as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos.

<sup>3</sup> **II** - pela adoção do regime especial pelo prazo de até 15 (quinze) anos, caso em que o percentual a ser depositado na conta especial a que se refere o § 2º deste artigo corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do **índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança** e de juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança para fins de compensação da mora, excluída a incidência de juros compensatórios, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento

<sup>4</sup> Art. 100, § 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitos, após sua expedição, até o efetivo pagamento, **independentemente de sua natureza**, será feita pelo **índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança**, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios. (mesma redação do § 16 do art. 97 do ADCT).

Situação inusitada sucedeu. Temente pelo prejuízo ainda maior dos credores ante a paralisação dos depósitos, o Conselho Federal da OAB, autor da ADI 4357, requereu a continuidade do pagamento pelo regime especial. Em outras palavras, pediu que o STF determinasse a manutenção da incidência dos dispositivos da EC nº 62/09 declarados inconstitucionais até que a decisão fosse modulada. Assim, foi deferido pelo Ministro Relator, Luiz Fux, em decisão publicada em 16 de abril de 2013.

O acórdão da ADI 4357 foi publicado apenas em 26 de setembro de 2014, mais de um ano após a sessão plenária de julgamento, mas sem a modulação dos efeitos da declaração.

Finalmente, na sessão plenária de 25 de março de 2015, o STF, por maioria, resolveu Questão de Ordem nas ADIs 4.357 e 4.425, para modular os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, nos seguintes termos:

- 1) - modular os efeitos para que se dê sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016;*
- 2) - conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ação direta de inconstitucionalidade, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber:*
  - 2.1.) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e*
  - 2.2.) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e Lei nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária;*
- 3) - quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial:*
  - 3.1) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidade;*
  - 3.2) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado;*
- 4) – durante o período fixado no item 1 acima, ficam mantidas a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT), bem como as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, § 10, do ADCT);*
- 5) – delegação de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório, e*
- 6) – atribuição de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão.*

Diante do quanto decidido na ADI 4357 e modulação dos efeitos da decisão, é possível delinear as seguintes situações:

1. A decisão de inconstitucionalidade terá **efeitos *ex nunc* ou prospectivos**, a partir de **25/3/2015**, de modo que as formas alternativas de pagamentos (compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito), bem como a atualização monetária e juros de mora pelo índice de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) realizados até a mencionada data são considerados válidos;
2. Os precatórios que estavam sendo pagos parceladamente, na forma dos arts. 33 e 78 do ADCT, ingressaram no regime especial, pela regra do art. 97, § 15, do ADCT. A eficácia prospectiva da declaração de inconstitucionalidade ratifica a incidência do dispositivo do texto transitório, não havendo que se falar em restabelecimento das normas anteriores (Texto Original da CF/1988 e EC 30/00), até porque os parcelamentos terminariam no final do ano 2009.
3. O **regime especial** ficará mantido por **mais 5 anos, a partir de 1º/1/2016**, vinculando-se o percentual mínimo da receita corrente líquida para depósitos mensais na conta especial do Tribunal de Justiça, sob pena de sequestro (art. 97, § 10, do ADCT). No total, o regime especial terá vigido por 11 anos (2009 até 2020).
4. Os **precatórios alimentares** dos maiores de 60 anos e portadores de doenças graves têm prioridade absoluta de pagamento. A idade deveria ser aferida no momento da expedição do precatório. Com a declaração de inconstitucionalidade de expressão “na data da expedição do precatório”, a preferência se estende aos credores que completarem 60 anos enquanto aguardam o pagamento;
5. Não é mais possível abater do valor do precatório, a título de **compensação**, os débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa, do credor original pela Fazenda Pública, no momento da expedição do precatório, por violação ao devido processo legal. O STF delegou ao CNJ a formulação de proposta normativa para possibilitar a compensação de créditos próprios ou de terceiros, com créditos inscritos em dívida ativa até 25/3/2015, mas **por opção do credor**;
6. O índice de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) não poderá ser utilizado para **atualização monetária** do crédito, nem a título de **juros moratórios**, a partir de 25/3/2015;
7. Após 25/3/2015 os créditos deverão ser atualizados (**correção monetária**) pelo *Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E)* e os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários;
8. Declarada a inconstitucionalidade por arrastamento (ou por reverberação normativa) do art. 5º da Lei Federal nº 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97<sup>5</sup>, os **juros de mora** nas condenações contra a Fazenda Pública serão **limitados a 6% ao ano**, nos termos da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que acrescentou o art. 1º-F à Lei nº 9.494/97;
9. Os **juros compensatórios** continuam excluídos dos valores requisitados;
10. Aos **precatórios de natureza tributária** (débito da Fazenda Pública) se aplica o índice de atualização incidente nos créditos tributários (crédito da Fazenda Pública), qual seja,

---

<sup>5</sup> Art. 5º. O art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, introduzido pelo art. 4º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, **independentemente de sua natureza** e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos **índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança**.”

“taxa SELIC”, pois declarada inconstitucional a expressão “independentemente de sua natureza” presente no § 12do art. 100 da CF;

11. As **formas alternativas de pagamentos** (compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito) foram revogadas, mantendo-se válidas as realizadas até 25/3/2015;
12. Os **acordos diretos** (inciso III do § 8º do art. 97 do ADCT) permanecem válidos, devendo ser observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado (antes do deságio era de até 50% - cf. art. 20, § 2º, *b*, da Res. 115/10). Não proíbe que a lei da entidade devedora fixe o deságio no máximo. O edital de convocação deve observar a ordem de preferência, garantindo ao primeiro colocado a preferência na realização do acordo;
13. O Supremo Tribunal Federal delegou ao Conselho Nacional de Justiça a formulação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório.

A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, todavia, não veio em boa hora e, pela prematuridade, deixou de se pronunciar sobre questões importantes, incorreu em inconstitucionalidade ao delegar competência normativa ao Conselho Nacional de Justiça.

Conforme ficou destacado acima, a chamada “Emenda do Calote”, não representou realmente a institucionalização da inadimplência das Fazendas Públicas. A transferência da administração do pagamento dos precatórios aos Tribunais de Justiça, embora no começo tenha causado embaraço, fez com que os credores recebessem algum dinheiro, o que não se conseguiria pelo antigo regime.

A divisão dos valores depositados pelas entidades devedoras em duas contas, destinando 50% dos depósitos ao pagamento dos precatórios conforme a ordem crescente de valores culminou na quitação de inúmeros precatórios de menor expressão econômica, colocando em dia muitas das obrigações, conforme determina o art. 100, § 5º, da CF.

Com a modulação dos efeitos da decisão, após o período de 5 anos a contar de 1º/1/2016, retornar-se-á ao regime antigo, composto de ordem cronológica única, com as preferências dos alimentares dos idosos e portadores de doenças graves. Não haverá a possibilidade de quebra legal da ordem cronológica para pagamento dos precatórios em ordem crescente de valor, mantido apenas os acordos diretos, desde que observada à ordem cronológica de apresentação.

A pior das consequências aos credores é a desvinculação de percentual da receita corrente líquida e o retorno da administração do pagamento de precatórios aos entes federativos. Com efeito, a Fazenda devedora deverá pagar integralmente o primeiro da lista cronológica, revolvendo-se ao trancamento da quitação dos estoques de precatórios e a proliferação dos pedidos de sequestro, com a consequente inviabilização de políticas públicas essenciais.

De duvidosa constitucionalidade a determinação do item 5 da decisão de modulação dos efeitos.

Já se alertou que a função constitucional atribuída ao Conselho Nacional de Justiça é de fiscalizar e tratar de assuntos administrativos ligados ao Poder Judiciário. Qualquer inovação no ordenamento jurídico, ainda que por regulamentos (resoluções) está fadada à inconstitucionalidade. Por corolário, inconstitucional será o ato normativo emitido pelo Conselho que discipline a utilização

compulsória de 50% dos depósitos judiciais tributários para pagamento de precatórios. Da mesma forma, parece eivada de inconstitucionalidade a iniciativa de conceder a opção de compensação ao credor de precatórios vencidos, *próprios ou de terceiros*, quando o Código Civil permite, nos arts. 368 e 371, a compensação entre créditos e débitos recíprocos, das mesmas partes originais.

A decisão do Supremo Tribunal Federal sem a modulação dos efeitos, embora despida de conteúdo jurídico, serviu de mensagem ao legislador de que não será tolerada a institucionalização da inadimplência por meio de alterações ao texto constitucional, prorrogando-se indefinida e injustificadamente a moratória aos entes federativos devedores. Melhor seria se a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tivesse regulamentado e não extinto o regime especial de pagamento de precatórios. A EC nº 62/09 foi o mal necessário que permitiu a redução significativa do estoque de precatórios.

Não se defende manobras legislativas tendentes a conceder moratórias indefinidas aos devedores de precatórios, mas a EC nº 62/09, se criada com esse intuito, revelou-se verdadeiro benefício a muitos credores que puderam receber o dinheiro a que tinham direito antes dos seus herdeiros.

De qualquer forma, os tribunais e o Conselho Nacional de Justiça são conscientes da necessidade de estabelecer o regime diferenciado para quitação dos precatórios. Se não é esse da EC nº 62/09, certamente será criada alternativa semelhante. Revogar, simplesmente, um sistema que vinha se endireitando em benefício dos credores e mobilizou verdadeira força tarefa dos órgãos ligados ao Poder Judiciário, e devolver à sociedade o antigo e falido sistema de pagamento, revela malfadado retrocesso às garantias fundamentais.

Talvez os cinco anos a mais de vigência do regime especial, concedidos pela Suprema Corte, tenham por objetivo permitir a edição de normatização bastante para garantir um meio eficaz e justo, para credores e devedores, de pagamento dos precatórios, sem a repriminção do derrotado sistema anterior.

Santo André, 30 de março de 2015.

**Luiz Gustavo Martins de Souza**  
Procurador do Município de Santo André