

Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública

Adilson Abreu Dallari

Sumário

1. O inadimplemento da Fazenda Pública. 2. Exame da legislação pertinente. 3. Alterações no cenário institucional. 4. Considerações doutrinárias. 5. Conclusão.

1. O inadimplemento da Fazenda Pública

O art. 100, da Constituição Federal, e seus parágrafos, disciplina a execução de créditos de particulares perante a Fazenda Pública, dispondo, em apertada síntese, que, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, o Presidente do Tribunal correspondente enviará à entidade pública devedora um precatório judiciário, determinando que o orçamento do exercício financeiro subsequente contemple dotação suficiente para o pagamento, o qual deverá ser efetuado até o final do exercício seguinte.

Pela leitura do dispositivo pode-se chegar à conclusão de que os credores da Fazenda Pública certamente receberão as importâncias correspondentes em não mais de dois anos.

Diante do automatismo e da certeza do pagamento, a Constituição determina que os pagamentos se façam exclusivamente com rigorosa observância da ordem de apresentação dos precatórios, já determinando o seqüestro de verba necessária ao pagamento, caso ocorra preterimento do direito de preferência.

Adilson Abreu Dallari é Professor Titular de Direito Administrativo da PUC/SP.

Não é essa, entretanto, a realidade fática. Em todos os níveis de governo, federal, estadual e municipal, acumulam-se os precatórios pendentes de pagamento. Não obstante a Constituição Federal, nos arts. 34 e 35, estabeleça a possibilidade de intervenção (da União nos Estados e destes nos Municípios) caso a dívida não seja paga, isso também não acontece.

A questão da falta de pagamento de precatórios pendentes atingiu tal gravidade que a respeitável Associação dos Advogados de São Paulo, em seu Boletim semanal (2004), estampou um vigoroso protesto, no qual figura a seguinte assertiva:

“É acaciano proclamar que uma Constituição só existe de fato na medida em que suas disposições são efetivamente obedecidas, seja voluntariamente, seja por imposição do Poder Judiciário nos casos de violação pelos demais Poderes da República.

Entre nós, como é público e notório, há um sem-número de disposições constitucionais que não passam de meras declarações pomposas. E disso não passam porque, desrespeitadas, o Poder Judiciário não as faz valer. São peças de ficção.

Exemplo típico é a norma que prescreve o modo de tornar efetivo o direito dos credores da Fazenda Pública. Pelo menos em São Paulo, seja em nível estadual, seja em nível municipal, tal norma vale nada. E nada vale graças, principalmente, ao Supremo Tribunal Federal, que, exceção feita ao voto do Ministro Marco Aurélio, acabou retirando a força do instrumento de intervenção federal no Estado, ou do Estado no Município, com o fim de realizar os pagamentos, sob o pretexto de que não se pode obrigar o governante a honrar precatórios quando não há recursos suficientes para tanto”.

Descontando-se a carga emocional, decorrente da justa revolta dos que não rece-

bem a prestação jurisdicional constitucionalmente assegurada, essa publicação serve como um alerta, demonstrando que alguma coisa tem que ser feita para a restauração da ordem jurídica, ou, pelo menos, da mitigação das dificuldades dos credores injustamente insatisfeitos.

Não obstante a evidência da inoperância e/ou da imprestabilidade do sistema de precatórios, a jurisprudência predominante ainda é no sentido da rigidez no tratamento da questão da dívida pública para com os particulares.

O Acórdão do Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, proferido no Recurso Extraordinário nº 132031-1 São Paulo, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, bem retrata essa postura. De sua ementa são extraídos dois fragmentos abaixo transcritos:

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

A exigência constitucional pertinente à expedição de precatório – com a *conseqüente* obrigação imposta ao Estado de *estrita observância* da ordem cronológica de apresentação desse instrumento de requisição judicial de pagamento – tem por finalidade (a) *assegurar* a igualdade entre os credores e *proclamar* a inafastabilidade do dever estatal de solver os débitos judicialmente reconhecidos (RTJ 108/463), (b) *impedir* favorecimentos pessoais indevidos e (c) *frustrar* tratamentos discriminatórios, *evitando* injustas perseguições ditadas por razões de caráter político-administrativo”.

“O pagamento *antecipado* de credor mais recente, *em detrimento* daquele que dispõe de precedência cronológica, *não se legitima* em face da Constituição, pois representa comportamento estatal *infringente* da ordem de prioridade temporal assegurada a todos os credores do Estado, *de maneira objetiva e impessoal*, pela Carta Política.

O legislador constituinte, ao editar a norma inscrita no art. 100 da Carta federal, teve por objetivo evitar a *escolha de credores* pelo Poder Público. Eventual vantagem concedida ao erário público por credor mais recente *não justifica*, para efeito de pagamento *antecipado* de seu crédito, a quebra da *ordem constitucional* de precedência cronológica.

O pagamento antecipado que daí resulte – exatamente por caracterizar *escolha ilegítima* de credor – *transgride* o postulado constitucional que *tutela* a prioridade cronológica na satisfação dos débitos estatais e *autoriza*, em consequência – *sem prejuízo* de outros efeitos de natureza jurídica e de caráter político-administrativo –, a efetivação do ato de seqüestro.”

Tais entendimentos, proscrevendo expressamente a “eventual vantagem concedida ao erário público por credor mais recente”, parecem vedar qualquer pagamento, a qualquer credor, antes da satisfação dos precatórios, pela ordem de sua apresentação.

Mas é certo que, no dia-a-dia, a Administração Pública efetua pagamentos não só a seus servidores como a fornecedores, prestadores de serviços, empreiteiros de obras e titulares de bens expropriados amigavelmente. Também parece não haver implicações com os precatórios quando a Administração celebra um acordo com um particular no curso de um processo administrativo ou de uma ação judicial.

O problema se apresenta quando um particular se torna credor por força de deci-

são judicial transitada em julgado, mas ainda sem a expedição do precatório, ou, mais acentuadamente, quando se pretende liquidar um precatório pendente de pagamento, mediante a concessão de vantagem econômica ao erário.

2. Exame da legislação pertinente

A dúvida sobre a viabilidade jurídica da celebração de acordo para o recebimento de créditos perante a Fazenda Pública, sem a estrita observância do regime de precatórios, justifica-se em função tanto da jurisprudência quanto, especialmente, diante da existência de uma série de dispositivos legais, dispondo especificamente sobre isso ou tangenciando essa matéria, que precisam ser examinados.

O primeiro deles é exatamente o art. 100, *caput*, da Constituição Federal, cujo teor é o seguinte:

“Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

Note-se que esse artigo se refere à execução judicial, coercitiva, e não, obviamente, de todo e qualquer pagamento feito pela Fazenda Pública. Esse dispositivo é (ou pelo menos pretende ser) uma garantia para o credor, assegurando a ordem cronológica dos pagamentos, quando a Fazenda Pública for judicialmente compelida a pagar.

Nos termos do § 2º desse mesmo artigo, a Fazenda Pública deve consignar ao Poder Judiciário as dotações orçamentárias correspondentes ao montante das condenações, “cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilida-

des do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito”.

Portanto, uma vez recebido o precatório expedido pelo Presidente do Tribunal, a Fazenda Pública deve providenciar a previsão de verba orçamentária para isso. Quem determina o pagamento, segundo a ordem cronológica dos precatórios, é o Presidente do Tribunal. Esta autoridade determinará o seqüestro do valor necessário se, de alguma forma, houver pagamento de algum precatório em desacordo com a ordem cronológica dos precatórios.

Essa disciplina constitucionalmente estabelecida parte do pressuposto de sua fiel observância (vale dizer: que os pagamentos serão efetivamente efetuados no prazo estipulado) e se destina a assegurar que não haverá preterições nem favorecimentos no tocante ao pagamento de precatórios expedidos em execuções judiciais.

O pagamento antecipado de um precatório (fora da ordem cronológica) pode configurar crime de responsabilidade, pois, nos termos do art. 85 da Constituição Federal, são crimes de responsabilidade os atos do Chefe do Executivo que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra a probidade na administração, a lei orçamentária e o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

A tipificação das condutas delituosas foi feita pela Lei nº 1.079 de 10/04/50, que define os crimes de responsabilidade e estabelece o correspondente processo de julgamento. Entretanto, nessa específica lei federal, não há um tipo correspondente ao descumprimento da ordem cronológica dos precatórios.

Tal previsão existe, sim, no Decreto-lei nº 201, de 27/02/67, que se refere aos crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, cujos dispositivos pertinentes são transcritos:

“Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, su-

jeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

...

XII – Antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do Município, sem vantagem para o erário”.

Essa legislação proscreve o favorecimento puro e simples, mas permite antecipar ou inverter a ordem dos pagamentos se houver nisso vantagem para a Fazenda Pública.

O agente público está proibido de atentar contra a isonomia e a moralidade pública, mas não está proibido de atuar com diligência, em defesa do erário.

Cabe, agora, examinar se a celebração de acordo para reduzir o débito em troca do pagamento voluntário (não coercitivo) configuraria algum ato de improbidade, previsto na Lei nº 8.429, de 02/06/92. Essa Lei, no art. 9º, afirma que “constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo”; no art 10, dispõe que “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres” integrantes do patrimônio público; e, finalmente, no art. 11, decreta que “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”.

A celebração de acordo entre a Administração devedora e o credor particular, desde que se evidencie a efetiva ocorrência de interesse público, não configura enriquecimento ilícito, não causa lesão ao erário e nem atenta contra os princípios da Administração Pública.

Não existe, portanto, qualquer proibição expressa à celebração de acordos pela Administração Pública. É certo que os interes-

ses públicos são indisponíveis e que o agente público tem o dever de defendê-los, mas é perfeitamente possível que a salvaguarda do interesse público ou a melhor satisfação do interesse público decorra exatamente da celebração de um acordo.

Essa possibilidade está expressamente prevista na legislação federal, mais exatamente na lei de desapropriações (Decreto-lei nº 3.365, de 21/06/41), cujo art. 10 diz, literalmente, que “a desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente”. Há mais de 60 anos, sem qualquer problema, União, Estados e Municípios celebram acordos com particulares. O desapropriado que concorda com o preço não ingressa na fila dos precatórios e recebe o pagamento muito antes de outros desapropriados que optaram pela execução judicial.

3. Alterações no cenário institucional

Na verdade, o grande empecilho à celebração de acordo para recebimento de créditos perante a Administração estaria na previsão constitucional da emissão de precatórios. Porém, como foi dito acima, o precatório é uma forma de execução coercitiva, que não se choca nem impede a solução consensual de pendências.

Mesmo o pagamento de créditos perante a Fazenda Pública veio sofrendo modificações ao longo do tempo, de tal modo que essa forma de execução coercitiva não é mais única, não garante a certeza do pagamento e comporta expressamente pagamentos por outras vias.

Com efeito, na Constituição do Brasil de 24/01/67, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/69, havia apenas uma única forma de execução por precatório, conforme dispunha o art. 117:

“Art. 117 – Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos

créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extraorçamentários abertos para esse fim”.

O artigo correspondente na Constituição Federal de 1988 é o art. 100, que é transcrito em sua integralidade, para que, em seguida, sejam feitos os comentários pertinentes:

“Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

§ 1º-A Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu

direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

§ 3º O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado”.

A simples leitura desses dispositivos já permite vislumbrar que existem duas modalidades de precatórios, sendo uma referente aos débitos comuns e outra relativa aos débitos de natureza alimentícia. Existem, portanto, duas ordens cronológicas, sendo perfeitamente possível que o credor inserido em uma delas receba antes de outro credor anteriormente inserido na outra ordem de precatórios.

Mais importante, porém, é a previsão contida no § 3º, concernente a débitos considerados como de pequeno valor, que não entram na ordem cronológica dos precatórios.

É exatamente isso o que estipula a Lei nº 10.099, de 19/12/00, que altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, regulamentando o disposto no § 3º do art. 100 da Constituição Federal, definindo obrigações de pequeno valor para a Previdência Social, cujo art. 1º se transcreve:

“Art. 1º O art. 128 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, alterado pela Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 128. As demandas judiciais que tiverem por objeto o reajuste ou a concessão de benefícios regulados nesta Lei cujos valores de execução não forem superiores a R\$ 5.180,25 (cinco mil, cento e oitenta reais e vinte e cinco centavos) por autor poderão, por opção de cada um dos exeqüentes, ser quitadas no prazo de até

sessenta dias após a intimação do trânsito em julgado da decisão, sem necessidade da expedição de precatório.’ (NR)”.

Além disso, e o que é mais grave, a edição do precatório não representa mais uma garantia de pagamento rigorosamente segundo a ordem cronológica, conforme se depreende do texto do art. 33 das Disposições Transitórias da Constituição Federal:

“Art. 33. Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição”.

Esse dispositivo estabeleceu um calote constitucional de oito anos, findos os quais a grande maioria dos precatórios continuaram sem pagamento, motivo pelo qual foi inserido nas Disposições Transitórias, pela Emenda Constitucional nº 30, de 13/09/00, um novo artigo instituindo uma nova forma de contornar a obrigação de pagar segundo a ordem cronológica dos precatórios:

“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”.

É fora de qualquer dúvida, portanto, que não mais se sustentam os dogmas da certeza de pagamento pela execução coercitiva por meio de precatórios e da rigorosa observância da ordem cronológica dos precatórios.

A desmoralização da execução coercitiva contra a Fazenda Pública é fato público e notório, dispensando comprovações e maiores comentários. Chegou-se a tal estado de coisas pela acumulação paulatina de débitos da Fazenda Pública nos três níveis de governo, e a fórmula encontrada para abrir um caminho para uma futura solução das pendências foi evitar o crescimento da dívida pública, tendo-se, para isso, editado a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101, de 04/05/00, cujo art. 1º e seu § 1º são aqui transcritos:

“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”.

Essa Lei Complementar, em síntese, proscribe e penaliza o gasto público irresponsável, determina o equilíbrio entre receitas e despesas públicas, estabelece limites para gastos e para o endividamento e contém uma série de dispositivos destinados a compelir a Administração Pública a liquidar

pendências, como condição da obtenção de financiamentos para novos investimentos.

Eliminar precatórios, reduzir o estoque de precatórios, por força do art. 30 da Lei de Responsabilidade Fiscal, muito especialmente de seu § 7º, passou a ser assunto de elevado interesse público:

“§ 7º Os precatórios judiciais não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos integram a dívida consolidada, para fins de aplicação dos limites”.

Não é caso de se proceder aqui a um exame detalhado da Lei de Responsabilidade Fiscal, pois o grande tema em debate nacional é exatamente o pagamento da dívida pública, sendo certo que, nos três níveis de governo, os governantes em geral lutam pela realização do equilíbrio orçamentário e pela redução da dívida pública, valendo-se para essa última finalidade exatamente da renegociação de débitos pendentes.

Nos três níveis de governo, diversas leis foram editadas promovendo profundas reformas nas estruturas da Administração Pública, visando instrumentar o Estado para dar cumprimento às exigências de responsabilidade fiscal, extinguindo alguns órgãos, transformando outros e criando entidades destinadas a reforçar o controle dos gastos públicos.

A pluralidade e a complexidade das normas de reordenação administrativa visando a responsabilidade fiscal mostra que a questão da celebração de acordo para recebimento de créditos ou pagamento de débitos pendentes não visa precipuamente abrir caminhos para favorecimentos pessoais (embora isso, eventualmente, possa ocorrer), mas, sim, enquadra-se perfeitamente nos programas de redefinição da Administração Pública, especialmente no tocante à gestão da dívida pública.

4. Considerações doutrinárias

Não se nega que, no passado, a execução dos débitos contra a Fazenda Pública

tinha como único meio a expedição de precatórios judiciais, que eram efetivamente pagos com observância de uma única ordem cronológica. Em razão disso, antigamente, a jurisprudência era bastante rígida no tocante à celebração de acordos, mas, efetivamente, os tempos eram outros.

A Constituição Federal mudou; a legislação sobre gestão financeira de natureza pública mudou; o relacionamento entre particulares e a Administração Pública mudou; os princípios que regem a atuação da Administração Pública também mudaram. A realidade fática vigente é bem diferente daquela imaginada quando se plasmou o mecanismo dos precatórios judiciais. Ao Poder Judiciário, no momento de aplicar a lei antiga a fatos atuais ou ao decidir agora questões antigas, cabe estar atento para com todas essas mudanças.

No mínimo, não se pode dar à lei um entendimento que contrarie frontalmente seus propósitos, conforme a vetusta lição de Carlos Maximiliano (1984, p. 166):

“Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, preserve inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo”.

Não se deve dar a um dispositivo constitucional destinado a garantir o pagamento de débitos da Fazenda Pública um efeito radicalmente contrário, qual seja o de vedar a liquidação de débitos pendentes de pagamento.

Toda norma legal decorre de um ambiente político, social e econômico vigente no momento de sua edição. Mas esse ambiente muda com o decorrer do tempo, exigindo do intérprete e aplicador da lei um esforço de adaptação, para que possa dar a correta solução aos problemas emergentes. É certo, portanto, que a melhor interpretação da lei

(entre as várias possíveis) vai variar ao longo do tempo de sua vigência. Uma interpretação incontestavelmente correta adotada em um momento do passado pode tornar-se inaceitável em ocasião posterior, pois, obviamente, não faz sentido dar-se a mesma solução para um problema que se tornou diferente, em razão de alterações no plano da realidade fática.

Essa diretriz interpretativa deve ser aplicada a toda e qualquer norma jurídica, inclusive e especialmente às normas constitucionais, conforme ensina Antonino Pensavecchio Li Bassi (1972, p. 62, 81), em sua preciosa obra sobre “L’ Interpretazione delle Norme Costituzionale”, numa tradução para o português:

“O intérprete não deve esquecer que a Constituição contempla as opções políticas fundamentais de um dado sistema jurídico, devendo o intérprete das disposições constitucionais atentar cuidadosamente para os valores políticos consagrados nos princípios fundamentais esposados pela Constituição.”

“O intérprete das normas constitucionais deve aplicar no seu trabalho também o critério evolutivo, atendendo para com a realidade e referindo as normas isoladas a um sistema constitucional em contínua evolução, como decorrência das mutações das exigências político-sociais da coletividade. Deve aplicar as normas não com base no sistema no qual o dispositivo historicamente nasceu, mas, sim, com base no sistema atual no qual vive.”

“Deve levar em conta a realidade concreta, na qual operam as normas constitucionais, para trazer do exame da realidade oportunos elementos de valorização que permitam ajustamento ao processo evolutivo das normas e evitar conclusões incompatíveis com a vida real.”

Conforme já foi afirmado, o Direito está em constante evolução, exatamente para

acompanhar o natural desenvolvimento das relações sociais. Isso também se aplica às relações jurídicas envolvendo a Administração Pública. A mudança de orientação no tocante ao desempenho das ações administrativas deve ser acompanhada de uma correspondente alteração nos meios e modos de acompanhamento e controle.

Em tempos de exaltação da cooperação, da parceria e da confiança recíproca, da transparência e do controle social, não é possível continuar aplicando soluções criadas em tempos de oposição de interesses e da desconfiança. No momento em que a Constituição Federal consagra o princípio da eficiência, não é possível conformar-se com um formalismo literal estéril. Esta é a advertência da doutrina, a todos os profissionais do Direito (WALD, 1996, p. 34):

“No momento em que sociólogos, políticos e economistas estão reestruturando a parceria, cabe ao jurista definir os seus requisitos e os seus efeitos, fazer as distinções cabíveis, deduzir o alcance dos princípios que lhe são inerentes, enfim construir uma nova dogmática jurídica calcada no papel que ela pode e deve exercer, sob todas as suas formas no mundo hodierno.

Se, como já dissemos, estamos assistindo a uma revolução silenciosa e construtiva da sociedade brasileira, o direito dela não pode estar ausente, cabendo ao jurista, ao advogado e ao magistrado fazer a sua reciclagem e preparar o futuro das nossas instituições e das novas técnicas jurídicas”.

A amplitude dessas alterações na ordem jurídica abrange tanto a produção das normas, quanto a sua execução e ainda a solução dos conflitos decorrentes da adoção das novas técnicas de gestão dos interesses públicos. Os fundamentos, as vantagens e as decorrências dessa significativa mudança de postura diante do interesse público foi magnificamente demonstrada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000, p. 41) no texto que se transcreve:

“A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).

Em suma, a consensualidade como alternativa preferível à imperatividade, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional (ex: o poder de polícia).

A partir desses dados, pode-se estabelecer uma tipologia da consensualidade em referência às funções fundamentais do Estado. *Primo*, a consensualidade na produção das normas, com o reaparecimento de fontes alternativas, fontes consensuais e de fontes extraestatais: a regulática. *Secundo*, a consensualidade na administração de interesses públicos, com o emprego das formas alternativas consensuais de coordenação de ações, por cooperação e por colaboração. *Tertio*, a consensualidade na solução dos conflitos, com a adoção de formas alternativas de composição”.

No tocante a essa parte final, a consensualidade na solução dos conflitos, cabe destacar a posição estratégica do Ministério Público, que efetivamente dispõe de competência e de meios para isso, dado que, em menor ou maior escala, nos diversos Estados da Federação, já vem promovendo a adoção de acordo e soluções amigáveis em assuntos relativos à atuação da Administração Pública.

Com efeito, a ordem jurídica já contempla a possibilidade de evitar a propositura da ação civil pública mediante o atingimento da satisfação ou restauração do interesse público no próprio curso do inquérito civil. A propositura da ação é um meio para a realização de um fim; se esse fim puder ser realizado de maneira menos traumática, menos desgastante e com maior celeridade, amistosamente, não há por que propor a ação judicial, que será, então, um puro constrangimento, não autorizado pela ordem jurídica.

O § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24/07/85, que disciplina a ação civil pública, prevê expressamente a possibilidade de solução amigável:

“§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Dado que toda competência outorgada pela lei a um agente público implica o dever de exercê-la, pode-se afirmar que o Ministério Público sempre deverá recorrer ao compromisso de ajustamento da conduta, quando isso for suficiente para a salvaguarda do interesse público.

O que se pretende destacar, entretanto, é a previsão legal de solução amigável. Ou seja, que já existe previsão legal expressa de solução amigável dos conflitos envolvendo a Administração Pública, sem que isso signifique lesão ao princípio da indisponibilidade dos interesses públicos.

É conveniente lembrar que a arbitragem na Administração Pública, antes totalmente proscrita pela legislação e pela jurisprudência, já começa a ser aceita. Com efeito, a Lei de Concessões de Serviços Públicos, Lei nº 8.987, de 13/03/95, determina, no inciso XV de seu art. 23, que entre as cláusulas do contrato figure obrigatoriamente uma relativa “ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”. No presente momento, do Projeto de Lei que ins-

titui as Parcerias Público-Privadas, conforme o Substitutivo aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, está previsto, no art. 11, que o edital deve ser acompanhado da minuta do futuro contrato, que, obrigatoriamente, deverá dispor sobre o “uso da arbitragem, para solução dos conflitos decorrentes do contrato”.

Se é possível celebrar um acordo para evitar a propositura de uma ação judicial, com muito maior razão, numa perspectiva de ordem lógica, também deve ser possível a celebração de um ajuste para dar fim a uma contenda judicial, dado que, nesta segunda hipótese, sempre haverá a presença vigilante do juiz da causa.

Fique perfeitamente claro que não se está pretendendo dizer que, atualmente, seja possível à Administração Pública atuar livremente, divorciando-se do princípio da legalidade, que determina sua submissão à lei. O que se sustenta é que não se pode mais aceitar uma submissão absoluta à letra da lei, em detrimento da realização dos fins a que ela se destina. Cumpre-se a lei quando se atinge o resultado por ela almejado.

Atualmente, além de acatar o princípio da legalidade, é preciso dar atendimento também a um outro novo e significativo princípio constitucional da administração pública, o princípio da eficiência, introduzido no cenário jurídico nacional pela Emenda Constitucional da reforma administrativa, sobre o qual, em obra escrita em parceria com Sérgio Ferraz, já fizemos algumas ponderações:

“A Emenda Constitucional 19, de 04/06/98, conhecida como ‘Emenda da Reforma Administrativa’, trouxe profundas modificações na Administração Pública brasileira. O propósito fundamental dessa reforma era a substituição do antigo modelo burocrático, caracterizado pelo controle rigoroso dos procedimentos, pelo novo modelo gerencial, no qual são abrangidos os controles de procedimentos e incrementados os controles de resul-

tados. Essa linha de pensamento, esse novo valor afirmado pela Constituição não pode ser ignorado pelo intérprete e aplicador da lei.

Não por acaso, aos princípios já previstos na redação original do art. 37 foi acrescentado o princípio da eficiência. É óbvio que esse princípio já estava implícito. Ao torná-lo explícito, ao afirmá-lo expressamente, o que se pretendeu foi demonstrar a redobrada importância que ele passou a ter. Em termos práticos, deve-se considerar que, quando mera formalidade burocrática for um empecilho à realização do interesse público, o formalismo deve ceder diante da eficiência.

Isso significa que é preciso superar concepções puramente burocráticas ou meramente formalísticas, dando-se maior ênfase ao exame da legitimidade, da economicidade e da razoabilidade, em benefício da eficiência. Não basta ao administrador demonstrar que agiu bem, em estrita conformidade com a lei; sem se divorciar da legalidade (que não se confunde com a estrita legalidade), cabe a ele evidenciar que caminhou no sentido da obtenção dos melhores resultados” (FERRAZ, DALLARI, 2000, p. 77-78).

Não basta atuar de maneira conforme à lei. Não faz sentido emperrar a administração para dar estrito cumprimento à literalidade da lei. Agora é preciso mais: a administração deve buscar a forma mais eficiente de cumprir a lei, deve buscar, entre as soluções teoricamente possíveis, aquela que, diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à satisfação do interesse público.

Tudo isso pode e deve ser demonstrado ou no bojo do processo administrativo no qual se cuide da celebração do ajuste, ou em juízo, no momento de se postular a homologação de um acordo destinado a pôr fim a um litígio de maneira satisfatória para

ambas as partes e, muito especialmente, de maneira a realizar o interesse público.

No caso da concessão, pelo particular credor, de vantagem para a liquidação da dívida da Fazenda Pública, a eficiência está diretamente relacionada à economicidade da transação pretendida, cabendo lembrar que esse é também um princípio constitucionalmente afirmado (art. 70 da CF) como condicionante da gestão financeira pública:

“No tocante ao princípio da economicidade ou da otimização da ação estatal, urge rememorar que o administrador público está obrigado a obrar tendo como parâmetro o ótimo. Em outro dizer, tem o compromisso indeclinável de encontrar a solução mais adequada economicamente na gestão da coisa pública. A violação manifesta do princípio dar-se-á quando constatado vício de escolha assaz imperfeita dos meios ou dos parâmetros voltados para a obtenção de determinados fins administrativos. Não aparecerá, no controle à luz da economicidade, nenhum traço de invasão da discricionariedade, porém se é certo que esta precisa ser preservada, não é menos certo que qualquer discricionariedade legítima somente o será se guardar vinculação com os imperativos de adequação e sensatez” (FREITAS, 1997, p. 85-86).

Numa perspectiva econômica, evidencia-se como de indiscutível interesse público o propósito de reduzir o estoque de precatórios, para controlar o volume do endividamento público, de molde a não exceder os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal e viabilizar financiamentos para novos empreendimentos necessários à realização de políticas públicas.

Para concluir, basta dizer que a jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça de São Paulo, em face da grande massa de precatórios pendentes de pagamento, já tem admitido a celebração de acordos para

a liquidação de débitos, afirmando, claramente, que essa prática não lesa o erário e não viola o art. 100 da Constituição Federal.

No Agravo de Instrumento nº 154.639.5/3 (8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v.u., 01.03.00, rel. José Santana), o Tribunal reformou sentença que havia recusado homologação a acordo firmado por autarquia municipal (Departamento de Águas e Esgotos de Valinhos) em execução de sentença condenatória, pois, no entendimento da Corte, não haveria violação do art. 100 da CF, diante da demonstração do caráter vantajoso do acordo e da existência de recursos orçamentários para atendê-lo.

No Agravo de Instrumento nº 341.787-5/6 (Processo nº 677/1998, 2ª Vara Judicial da Comarca de Ubatuba/SP, 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v.u., 01.10.2003, rel. Antonio Rulli), o Tribunal entendeu que não se cogitava de violação da ordem dos precatórios, pois, embora tivesse sido expedido um ofício requisitório, não havia ainda precatório judicial devidamente formalizado.

Finalmente, no Agravo de Instrumento nº 366.364.5/9-00. (6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v.u., 10.05.2004, rel. Afonso Faro), que cuidava do pagamento de indenização expropriatória, acompanhando a manifestação do Procurador-Geral da Justiça, Dr. Luiz Antônio Guimarães Marrey, o Tribunal entendeu que o acordo era de interesse público, pois a Prefeitura Municipal de São Paulo tinha efetiva urgência na liberação da área desapropriada e o desconto de 23% era sobremaneira vantajoso para o erário.

Neste último acórdão, há uma consideração extremamente pertinente, qual seja a de que a dotação orçamentária destinada ao acordo era a da própria obra, e não aquela reservada ao pagamento de precatórios judiciais.

Essa particularidade serve para evidenciar que o pagamento de importância destinada à satisfação do acordo não afeta direi-

tos dos beneficiários de precatórios pendentes, pois a dotação para tal finalidade sempre será aquela determinada pelo montante dos precatórios judiciais apresentados até 1ª de julho do ano correspondente à elaboração da proposta orçamentária.

Não se trata, portanto, de satisfazer um mero interesse da Administração, um interesse público secundário, em detrimento do conjunto de outros credores ou do interesse público primário, correspondente ao interesse de toda a coletividade. A obtenção de desconto substancial no montante de um crédito insuscetível de discussão libera recursos para outras finalidades e, na medida em que concorre para a realização da regularidade fiscal, favorece a obtenção de novos financiamentos para projetos de maior prioridade ou maior interesse público.

5. Conclusão

Diante de tudo quanto foi acima exposto, pode-se afirmar que, em princípio, existindo a possibilidade de concessão de desconto substancial pelo credor, é juridicamente viável a realização de acordo judicial para a efetivação direta (imediate ou parcelada) do pagamento.

Se houver interesse público, pode a Fazenda Pública efetuar o pagamento de maneira voluntária, independentemente de constrição judicial. A execução judicial, mediante a expedição de precatório, somente se justifica se houver recusa no pagamento voluntário.

A realização de acordo judicial com um único determinado e específico credor não viola os princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade. Com efeito, tem-se por óbvio que o acordo judicial somente pode ser feito com o credor que for parte no respectivo processo. Não há possibilidade de estendê-lo, automaticamente e genericamente, a todos os outros credores, em outros processos, pois cada caso exige uma específica negociação. Entretanto, poderá configurar-se uma violação dos mencionados prin-

cípios se a Administração já houver negado ou vier a negar igual tratamento a outros credores em situações análogas.

Somente haverá ofensa ao art. 100 da Constituição Federal se houver puro e simples desarrazoado descumprimento da ordem cronológica de apresentação dos precatórios judiciais, com propósito de favorecimento, ainda que disfarçado.

Em princípio, o pagamento imediato da importância acordada, com recursos provenientes de dotação orçamentária específica para atendimento da obrigação que estiver sendo liquidada (por exemplo, realização de obra pública, fornecimento de bens ou pagamento de indenização expropriatória), não prejudica os beneficiários de precatórios, pois a dotação orçamentária destinada ao pagamento de precatórios não será afetada. No fundo, a liquidação amigável de uma pendência, sem a emissão de precatório, acaba beneficiando os credores de precatórios mais recentes, que, indiretamente, avançam uma posição na fila.

Diante dos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal, é sempre conveniente a redução do montante da dívida pública e, muito especialmente, do estoque de precatórios, pois isso afeta a capacidade de realização de novos investimentos que demandem financiamentos.

Exatamente por tal razão, nos três níveis de governo, a Administração Pública está claramente empenhada em ajustar-se às exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal, não podendo ser a celebração do acordo tomada, aprioristicamente, como um ato isolado de favorecimento indevido. De resto, o oferecimento de um desconto substancial no montante do crédito é uma vantagem objeti-

va para o erário, sendo de indiscutível interesse público.

Em cada caso, a regularidade da transação depende da demonstração cabal e objetiva da existência de interesse público e, especialmente, de vantagem para o erário, tanto financeira quanto, numa perspectiva mais ampla, econômica, no tocante à realização de políticas públicas.

Evidentemente, deverão ser respeitadas as disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal que disciplinam a assunção de encargos e obrigações que acarretem aumento da despesa, muito especialmente quanto à existência de recursos orçamentários especificamente destinados ao atendimento do acordo, sem afetar as dotações correspondentes ao pagamento de precatórios judiciais.

Bibliografia

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. *Boletim semanal*. São Paulo, n. 2.394, 22-28 nov. 2004.

BASSI, Antonino Pensovecchio Li. *L'interpretazione delle norme costituzionali: natura, metodo, difficoltà e limiti*. Milão: A. Giuffrè, 1972.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FREITAS, Juez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação no direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

WALD, Arnoldo. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

