

ACORDO DIRETO EM PRECATÓRIO: A INDEVIDA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DESÁGIO EM 40%

Kemi Helena Bomor Maro¹

Orientadora: Professora Camila Pereira Linhares²

RESUMO

O artigo aborda o surgimento e a evolução do Direito Administrativo, destacando o consensualismo da Administração Pública no âmbito dos precatórios. Examina o Acordo Direto instituído pela EC 94/2016 e o limite de 40% constitucionalmente definido para a sua realização. Nesse ponto, o trabalho instiga o leitor a refletir acerca da incongruência da limitação do deságio nas negociações realizadas pela Fazenda Pública em detrimento da liberdade da cessão de crédito de precatório perante o mercado privado. Conclusivamente, defende a necessidade de extirpar a limitação do deságio nos Acordos Diretos ou, alternativamente, limitar na mesma medida, a cessão de precatórios a terceiros.

Palavras-chave: Precatórios, Acordo Direto, Cessão de Crédito, Deságio.

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo está em constante evolução. Desde seu surgimento até os dias atuais, o papel desempenhado pela Administração Pública perante os cidadãos tem sofrido mudanças significativas.

O Poder Público, inicialmente visto como autoritário, burocrático e distante dos direitos e garantias patrimoniais do indivíduo, passou a se aproximar do cidadão, a prestar os serviços públicos que lhe foram exigidos e, posteriormente, a dialogar com o administrado, permitindo sua efetiva participação na atuação em prol do interesse público.

Com a Constituição Federal de 1988 edificou-se o regime jurídico constitucional administrativo com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, mais tarde, a eficiência.

Essa conformação, decorrente da supremacia da Constituição, impõe que a interpretação da totalidade do Direito administrativo seja realizada conforme os princípios constitucionais³.

1 Especialista em Direito Tributário pela UNAES - Centro Universitário de Campo Grande-MS. Especialista em Advocacia Pública pelo IDDE - Instituto para o Desenvolvimento Democrático de Belo Horizonte-MG. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Bacharel em Direito pela UNAES - Centro Universitário de Campo Grande. Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul.

2 Advogada e Professora Universitária. Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia. MBA em Gestão de Negócios. Capacitada para atuar em Dispute Resolution Board – DRB Foundation. Capacitada em Negociação de Harvard – CMI Interser. Capacitada em Supervisão de conflitos circulares e Justiça Restaurativa – por Kay Pranis.

3 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 27.

A legalidade estrita abre espaço ao princípio da juridicidade e, com esse novo paradigma, surge a era da consensualidade no âmbito da Administração Pública.

Nesse contexto, o presente trabalho faz um resgate histórico do surgimento e da evolução do Direito Administrativo, destacando o novo papel da Administração Pública frente aos cidadãos, especificamente em relação ao poder de negociação de seus precatórios, mediante o procedimento denominado Acordo Direto instituído pela EC 94/2016.

I. O SURGIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A instituição do Estado de Direito marca o contexto histórico de nascimento do Direito Administrativo. A compreensão desse fato é relevante para entender que o Direito Administrativo não possui uma origem essencialmente autoritária, a despeito da existência de posições doutrinárias em sentido diverso⁴.

Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramon Fernandez propagam expressamente a lição de que “o Direito Administrativo surgiu[...] como uma reação direta contra as técnicas de governo do absolutismo”⁵.

Afirmam, ainda, que o processo de instituição do Estado de Direito na França após a Revolução de 1789 teve como objetivo central acabar com a ideia de que o Direito poderia ser fundamentado a partir de aspectos transcendentais (naturalmente ligados à figura e à pessoa do monarca absolutista). Para os revolucionários, apenas a vontade geral do povo – noção de concretude intangível, mas que pode ser expressa simbolicamente através da Lei geral e abstrata – é que poderia legitimar o exercício dos poderes públicos⁶.

Assim, “não se tratava apenas de retirar do Rei para o povo a origem do Direito e de reduzir todos os atos singulares de comando à mera particularização de leis gerais”⁷.

A questão era muito maior: estava-se buscando a afirmação de uma nova forma de se encarar o sistema jurídico, na qual o valor central a ser protegido deveria ser “a liberdade de quem até esse momento encontrava-se na posição de simples súdito passivo, em relação a um poder alheio e transcendente”⁸.

Importa destacar que só se percebeu a possibilidade do desenvolvimento de normas destinadas a organizar a estrutura e a delimitar a ação do Poder Público, limitando os espaços de poder das autoridades administrativas, após assente o entendimento de que o Estado – assim como qualquer outra pessoa com personalidade jurídica – poderia se submeter ao Direito⁹.

O Direito Administrativo, desde seu desenvolvimento embrionário, foi formulado com base

4 Em sentido diverso, Gustavo Binbenbojm afirma que a teoria tradicional do Direito Administrativo “foi elaborada tendo em vista a preservação de uma lógica de autoridade, e não a construção de uma lógica cidadã”. Para esse autor, “o surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares[...] representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação”. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p.3.

5 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. V.I. Revisor técnico: Carlos Ari Sundfield. Trad. José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 442.

6 Idem.

7 Idem.

8 Idem.

9 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. V. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.52.

não apenas nas prerrogativas do Estado (que conferiam poderes às autoridades administrativas), mas, sim, em um binômio jurídico que tem em seu outro polo a noção de sujeições, isto é, de limitações à atividade do Estado como forma de proteger os direitos dos cidadãos¹⁰.

Há desse modo, uma perspectiva formal (limitação do poder a partir de instrumentos jurídicos) e uma perspectiva material (defesa dos direitos fundamentais) inerentes ao paradigma do Estado de Direito¹¹.

A fórmula do Estado de Direito nada mais é, portanto, que a institucionalização de um meio objetivo para atingir um fim há muito pretendido pelos grupos que tomavam o poder político com as revoluções burguesas. O que se espera do Estado de Direito, pois, nada mais é do que “ele indique como intervir (através do ‘direito’) no ‘poder’ com a finalidade de fortalecer a posição dos sujeitos”¹².

II. INFLUÊNCIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL E SEU PROCESSO EVOLUTIVO

O contexto histórico do Direito Administrativo evidencia o princípio da legalidade. Com a queda do Regime Absolutista, a lei se tornou o fundamento limitador ou viabilizador da ação estatal.

No período liberal, concebe-se a lei como resultado da decisão política perfeita, a partir do exercício da decisão democrática, visando garantir o direito à liberdade e à propriedade, com restrições à ação estatal. No período social, por outro lado, a lei se concebe como um instrumento para viabilizar as intervenções reiteradamente promovidas no meio social e econômico pelo Estado a fim de garantir uma prestação de serviços e uma proteção a direitos sociais considerados mínimos¹³.

A transição do Estado liberal ao Estado social, em um primeiro momento, apresentava-se como solução para os diversos problemas verificados pela exploração do homem, com direitos fundamentais relegados ao segundo plano. Tanto é assim que a Revolução Industrial foi um dos estopins para o início da fase social¹⁴.

A partir de fins dos anos 70 do século XX, o Direito Administrativo passa a sofrer mudanças expressivas, com muita aceleração. Seus temas clássicos, como interesse público, discricionariedade, ato administrativo, contrato administrativo, poder de polícia, serviço público adquirem matizes que os distanciam da elaboração clássica. Novos temas surgiram entre a década de 80 e o fim do século XX, com foco no cidadão, não mais se priorizando como foco a autoridade, por exemplo: processo administrativo, participação, transparência, princípio da eficiência, princípios da proporcionalidade e razoabilidade, princípio

10 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Origem e formação do Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.34.

11 NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p.103-105.

12 COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: uma introdução histórica*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.96.

13 NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Contrapesos de uma Administração Pública consensual: legalidade versus eficiência*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, p. 49-77, maio/jun. 2017.

14 Idem.

da confiança legítima, regulação, agências reguladoras. No século XXI emergem, por exemplo: o princípio da boa administração, as políticas públicas, a consensualidade, a administração eletrônica, o governo eletrônico, o Direito Administrativo global, o Direito Administrativo sem Estado.¹⁵

O Direito Administrativo brasileiro inspirado no Direito Francês caminhou em seu processo evolutivo, apartando-se do perfil impositivo e burocrático para atuar de modo mais próximo ao cidadão e garantir-lhes o bem-estar social.

De uma simples leitura dos principais dispositivos do texto constitucional de 1988, observa-se que o constituinte optou por um modelo de Estado intervencionista, cujos maiores objetivos são a redução das desigualdades sociais e regionais, a garantia do desenvolvimento nacional, a promoção do bem de todos e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse contexto, passa-se a exigir da Administração Pública funções mais numerosas e complexas do que quando vigia o paradigma do Estado liberal.

O liberalismo econômico que pugnava por um Estado mínimo e leve, na linguagem contemporânea, acabou, por via indireta, concorrendo para maior atuação do Estado na defesa do interesse geral. Em seguida à implantação do Estado de Direito, as funções básicas do Estado consistiam na defesa nacional, na política externa, na manutenção da ordem e segurança pública, na prestação jurisdicional e na implantação de infraestrutura básica indispensável ao desenvolvimento econômico. Entretanto, as revoluções industriais e tecnológicas, que se seguiram nos séculos XIX e XX, foram responsáveis pela criação de novas necessidades. Todavia, a prestação de certos benefícios ou serviços para atender a essas necessidades não interessava aos particulares por não representarem atividades lucrativas. A demanda surgiu, a sociedade cobrou e o Estado passou a assumir a prestação de tais serviços.¹⁶

Pode-se dizer que a Constituição de 1988, com as emendas que se sucederam, atualmente re-trata e dá fundamento, em grande parte, ao que tem sido chamado de novo direito administrativo nascido e evoluído em um mundo globalizado, um mundo em que as facilidades de comunicação enfraquecem as fronteiras, aproximam os povos e sua cultura e universalizam o direito¹⁷.

Hodiernamente, o direito administrativo tem se voltado para a construção, consolidação e implementação de procedimentos democráticos que possibilitam aos cidadãos, não mais concebidos como administrados, sua participação na administração pública. O direito administrativo vem saindo de seu “enclausuramento”, especialmente em decorrência da afirmação do constitucionalismo e de seu influxo direto na atividade administrativa, apresentando aberturas e mudanças que “reabilitam a pessoa enquanto administrado, em sintonia e pé de igualdade com o status já conquistado enquanto eleitor e jurisdicionado”¹⁸.

15 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em evolução*. 22 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p.33.

16 FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 43.

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de direito administrativo [livro eletrônico]: teoria geral e princípios do direito administrativo*.v.1. 2. ed. e-book baseada na 2. ed. Imprensa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

18 MOREIRA NETO, *Mutações do direito administrativo*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 11. In: FUNGHI, Luís Henrique Balta. *Da dogmática autoritária à administração pública democrática*. Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, ano 211, n. 257, maio/ago. 2011.

III. REFLEXOS DA EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL DOS PRECATÓRIOS

3.1 Regime jurídico dos precatórios

Dizia Pontes de Miranda que o regime de pagamentos devidos pela Fazenda Pública constitui medida constitucional moralizadora, contra a advocacia administrativa, diante da necessidade de fazê-los na ordem de apresentação dos precatórios¹⁹.

A Constituição Federal, em seu artigo 100, submeteu o Estado ao regime diferenciado de precatórios. Nele, não há possibilidade de penhora – pois bens públicos são impenhoráveis – e o pagamento será promovido somente no exercício financeiro seguinte (se a apresentação formal da requisição ocorrer até o dia 1º de julho anterior). A ordem de pagamento é dada pelo Presidente do respectivo Tribunal, sendo as dotações orçamentárias e os créditos abertos para fins de pagamento da dívida consignados diretamente ao Poder Judiciário (art. 100, §6º, CF).

A regra da ordem cronológica de pagamentos deixou de ser absoluta. Com os desafios surgidos no mundo dos fatos, a EC 62 trouxe uma série de exceções, descendo a minúcias de determinados casos concretos.

Conforme os §§ 1º e 2º do mesmo art. 100, todos os créditos continuam seguindo a ordem cronológica de apresentação dos precatórios, à exceção dos de natureza alimentar – em face dos quais foi instituído duplo grau de preferência: os alimentares (simples) e os alimentares destinados a pessoas com idade igual ou superior a 60 anos (na data da expedição) ou que sejam portadoras de doença grave.

O pagamento pela ordem de registro do precatório requisitório tem como função principal o atendimento a princípios constitucionais, em especial a impessoalidade (não se beneficia um credor em detrimento dos outros; o critério para a ordem dos pagamentos é puramente objetivo) e a igualdade (todos os credores estão em situação jurídica paritária, materialmente isonômica; o eventual discrimen só pode ser normativo, respeitador da Constituição).

3.2 O consensualismo da Administração Pública no âmbito dos precatórios

Com o advento da Constituição de 1988, os pilares da democratização e consensualidade foram evidenciados. Permitiu-se uma postura dialógica dos administrados para com a Administração Pública, abrindo-se canais de participação e discussão, antes da tomada de decisão que envolva interesses de dada coletividade.

A busca pelo consenso constitui um novo método de governar ou administrar, fomenta uma maior integração das forças sociais com vistas à estabilidade social e política e elimina a resistência que costuma acompanhar as intervenções da Administração.

Gustavo Justino de Oliveira afirma que a conformação da Administração Pública consensual

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970. v. 3, p. 646-647.

não resulta na superação da administração imperativa, mas seguramente diminui seu campo de incidência. Segundo o autor, a expansão do consensualismo para considerável parcela das atividades perpetradas pela Administração provoca uma mudança de eixo do direito administrativo, que passa a ser orientado pela lógica da autoridade continuamente permeada e temperada pela lógica do consenso²⁰.

A importância do consensualismo no âmbito da Administração contemporânea é bem expressada por Odete Medauar:

“A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.²¹”

Pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento²².

O Acordo Direto em Precatório, surgido com a EC 94/2016 reflete essa nova forma de atuação da Administração Pública, permitindo-lhe negociar seus débitos diretamente com os credores.

IV. O ACORDO DIRETO EM PRECATÓRIO

A Emenda Constitucional 94, de 15 de dezembro de 2016, alterou o regime de pagamento de débitos públicos decorrentes de condenações judiciais e acrescentou dispositivos ao ADCT, para o fim de instituir novo regime especial de pagamento aos precatórios em mora.

Por meio dessa alteração constitucional, surgiram duas possibilidades ao ente público para realizar o pagamento de seus precatórios mediante acordos diretos.

A primeira delas está no §20 do artigo 100 da CF/88, na qual atribuiu ao ente devedor a prerrogativa de parcelar o pagamento de precatórios cujo valor seja superior a 15% (quinze por cento) do montante de precatórios incluídos na Lei Orçamentária Anual.

Ou seja, aqueles precatórios cujo valor supera 15% da dotação orçamentária de precatórios apurada nos termos do §5º, art. 100, da CF/88, serão pagos em até 6 parcelas, sendo 15% (quinze por cento)

20 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. *Apud* SCHREIBER, Rafael. A importância do advogado público na efetivação de acordos como aplicador do direito administrativo contemporâneo. In: CUNHA, Bruno Santos; NERY, Cristiane da Costa; CAMPELLO, Geórgia Teixeira Jezler. *Direito municipal em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. v. 3, p. 18.

21 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 211.

22 CARVALHO, Gabriela de. *A nova Administração Pública e o direito administrativo*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 158, abr. 2014, p.47.

no próprio exercício e o restante em parcelas iguais nos cinco exercícios subsequentes, acrescidas de juros de mora e correção monetária.

Como alternativa a esse parcelamento forçado, previu-se a realização de acordos diretos com redução máxima de 40% (quarenta por cento) do valor do crédito atualizado.

A segunda possibilidade de realização de acordos diretos para pagamentos de precatórios está prevista no §1º do art. 102 do ADCT (numerado do parágrafo único pela EC 99/2017).

Esta última previsão se aplica somente aos entes federativos que estão sob o regime especial de pagamentos de precatórios, isto é, aos estados, o Distrito Federal e os municípios que, em 25 de março de 2015, se encontravam em mora no pagamento de seus precatórios.

Portanto, nesse regime não há a aplicação do §5º, art. 100, da CF/88. Os depósitos mensais destinados ao pagamento de precatórios são fixados em percentuais da Receita Corrente Líquida, necessários à quitação do passivo de precatórios até 31 de dezembro de 2029.

Entre outros instrumentos previstos para viabilizar a quitação do passivo de precatórios, há a possibilidade de destinação de até 50% dos recursos alocados ao pagamento de precatórios para, por opção do ente devedor, promover acordos diretos com redução de até 40% (quarenta por cento) do valor atualizado do crédito.

Assim, há duas possibilidades de realização de acordos diretos: uma para entes devedores que estejam no regime ordinário de pagamento de precatórios nos casos em que o valor do crédito superar o percentual de 15% (quinze por cento) da dotação destinada aos pagamentos de precatórios, apurada nos termos do §5º, art. 100, da CF/88; e outra destinada aos entes federativos que estejam no regime especial de pagamento de precatórios, independentemente do valor do crédito.

Cabe registrar que o acordo direto, na atualidade, tem sido o instrumento mais utilizado pelos entes federados para substituir o pagamento tradicional dos precatórios^{23 24}.

4.1 O acordo direto na visão do STF

Um importante fato revelador da importância do acordo direto está na relativização da sua inconstitucionalidade pelo STF, tornando-se o único mecanismo substitutivo, dentre os listados no parágrafo oitavo do art. 97 do ADCT (leilão e quitação por ordem crescente), a continuar vigente na Constituição²⁵.

Isso porque, cabe rememorar que o acordo direto surgiu na Constituição com a EC 62 de 2009 (inciso III do §8º do art. 97 do ADCT), preconizando: a) regulamentação do acordo pela via legislativa

23 No Estado de Mato Grosso do Sul, o acordo direto em precatório realizado no ano de 2020 foi capaz de obter economia de 28,3% aos cofres públicos, aumentando em 13% o patamar economizado no ano anterior. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/acordos-diretos-em-precatórios-resultam-em-mais-de-28-de-economia-para-ms/>. Acesso em: 23 jun. 2021.

24 Conforme levantamento apresentado por Barros Filho, dados coletados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmam que, entre os anos de 2011 a 2019, 38% do total pago em precatório pelo Município de São Paulo se deu por acordo direto. No Estado do Paraná, no biênio 2017-2018, 43% dos precatórios adimplidos no período foram pagos por meio de acordo direto. No Estado de Minas Gerais, trezentos municípios conseguiram zerar os débitos judiciais no período compreendido entre 2007 e 2010. BARROS FILHO, Wilson Accioli de. *Acordos Administrativos público-privados: delineamentos teóricos e prática nos precatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 268.

25 BARROS FILHO, Wilson Accioli de. *Op. cit.*, p. 269.

própria de cada ente devedor e b) acordo realizado por intermédio de Câmaras de Conciliação criadas pelos entes devedores.

No julgamento das ADI n. 4.357 e 4.425 o STF se debruçou sobre a constitucionalidade dos mecanismos substitutivos de pagamento de precatório, tendo ao final julgado em bloco para declarar a inconstitucionalidade do leilão e de todos os demais institutos listados no parágrafo oitavo do art. 97 do ADCT, incluindo o acordo direto²⁶.

A modulação temporal de efeitos, contudo, deu sobrevida ao instituto, por mais cinco anos, a partir do julgamento (1º de janeiro de 2016 a 1º de janeiro de 2021)²⁷.

V. O DESÁGIO APLICÁVEL AOS ACORDOS DIRETOS E A CESSÃO DE CRÉDITOS DE PRECATÓRIOS

Partindo do entendimento então firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o legislador editou em 2016, a EC n. 94, inserindo o parágrafo vinte do artigo 100 da Constituição permitindo a realização de acordo direto, perante Juízos Auxiliares de Conciliação de Precatórios, com deságio máximo de 40% do valor atualizado do crédito, desde que respeitados os requisitos definidos em regulamentação editada pelo ente devedor.

Em 2017, a EC n. 99 inseriu o parágrafo primeiro no artigo 102 do ADCT atualizando a disciplina anterior, nos seguintes termos:

ADCT

Art. 102. [...]

§1º A aplicação dos recursos remanescentes, por opção a ser exercida por Estados, Distrito Federal e Municípios, por ato do respectivo Poder Executivo, observada a ordem de preferência dos credores, poderá ser destinada ao pagamento mediante acordos diretos, perante Juízos Auxiliares de Conciliação de Precatórios, com redução máxima de 40% (quarenta por cento) do valor do crédito atualizado, desde que em relação ao crédito não penda recurso ou defesa judicial e que sejam observados os requisitos definidos na regulamentação editada pelo ente federado.

O atual regime jurídico-constitucional do acordo direto, portanto, superou a modulação dos efeitos pelo STF, internalizando-o com base nas seguintes normativas: a) respeito absoluto à ordem cronológica dos créditos e, por consequência, à impessoalidade e à isonomia; b) deságio máximo de 40% sobre o valor atualizado do crédito; c) vinculação do acordo a uma conta bancária específica destinatária de 50%

²⁶ “São declaradas nulas com eficácia imediata (não retroativa ou *ex nunc*) as formas de pagamento alternativas criadas pelo art. 97, §§6º, 8º e 9º, do ADCT. São elas: a) leilão pelo maior deságio; b) pagamento em ordem crescente de valor; c) quitação por acordo direto com credor. A partir da presente decisão somente a ordem cronológica de apresentação (e as exceções constitucionais do corpo permanente da Lei Maior, como as listas preferenciais de requerimentos alimentares) pode servir de critério para a ordem dos pagamentos de precatórios. Os efeitos meramente prospectivos dessa declaração de inconstitucionalidade reconhecem a higidez dos pagamentos já realizados segundo tais critérios”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.425-DF*. Rel. Min. Luiz Fux, j. 25 mar. 2015, p.15).

²⁷ “Quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: i) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; ii) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.425-DF*. Op.cit., p.2).

de todos os recursos direcionados para o pagamento de precatórios²⁸; d) delegação de competência procedimental e regulamentadora para os entes devedores brasileiros²⁹.

É inegável que a permissão constitucional advinda com a EC 94 para viabilizar o pagamento de precatórios por acordo direto com os credores, mediante deságio de até 40% (quarenta por cento) do valor da dívida, traz economicidade ao Poder Público, proporcionando aumento da capacidade de pagamento de precatórios do ente devedor, em atendimento ao princípio constitucional da eficiência.

Contudo, há de se observar que, desde a EC 62/2009 fora institucionalizada a cessão de crédito de precatório a terceiro (§§ 13 e 14 do art. 100, da CF) e foram convalidadas as cessões de precatórios efetuadas antes da promulgação desta Emenda Constitucional, independentemente da concordância da entidade devedora (artigo 5º da EC 62/2009).

Logo, para que a cessão, total ou parcial do crédito representado por precatório (§3º, do art. 100, da CF), produza efeitos jurídicos, bastará simples petição dirigida ao Presidente do Tribunal de origem e à entidade devedora comunicando a cessão realizada.

A Emenda Constitucional conferiu, portanto, ao precatório de qualquer espécie, natureza negocial, equiparando-o a um título de crédito.

Como bem pontuado por Egon Bockmann Moreira³⁰:

“[...]Essa regra veio para (re)institucionalizar normativamente o costume dos mercados de precatórios: o inadimplemento da Administração Pública brasileira gerou o respectivo setor de investimentos (como nos demais mercados de títulos futuros). Bem vistas as coisas, ao não pagar os respectivos débitos, a Fazenda Pública instala os mais variados incentivos ao credor – entre eles, o de transformar uma dívida futura e incerta num valor presente e certo. Isso com o respectivo deságio, que atende ao risco representado pelo volume e histórico de adimplementos do devedor (quanto maior a inadimplência institucional, menor o valor real que o precatório poderá representar). Esta cessão não transmite nem estende ao cessionário as eventuais vantagens personalíssimas do cedente (maior de 60 anos, portador de doença grave etc.). Para gerar efeitos, ela precisa se referir a precatório em aberto e que represente o valor cedido – por isso, sua validade e eficácia subordinam-se à comunicação por meio de petição ao tribunal de origem e à pessoa devedora”.

À época do julgamento das ADI n. 4.357 e 4.425, quando o STF analisou a constitucionalidade dos mecanismos substitutivos de precatórios, o Ministro Dias Toffoli ressaltou que o leilão e o acordo direto configurariam “alternativa mais benéfica tanto para os credores como para o Poder Público do que o conhecido “mercado paralelo dos precatórios”³¹. Nas palavras do Ministro:

[...] a modalidade de leilão, assim como os acordos diretos com os credores, viabilizará, com respeito ao princípio da autonomia da vontade e da isonomia entre os credores, o pagamento de um maior número de precatórios com um menor ônus para o poder público, sem falar que se trata de

28 Consoante bem registrado por Barros Filho, os valores das contas bancárias distintas não se comunicam, de modo que o esvaziamento de uma não importa na transferência de dinheiro para a outra com vistas a se compensarem. Ainda, o dinheiro que sobrar na conta do acordo direto não volta para os cofres públicos, permanecendo para os próximos acordos que forem firmados, na forma do parágrafo quinto do art. 97 do ADCT. BARROS FILHO, Wilson Accioli de. *Op. cit.*, p. 274.

29 BARROS FILHO, Wilson Accioli de. *Op. cit.*, p. 273-274.

30 MOREIRA, Egon Bockmann Moreira...[et al.]. *Precatórios: o seu novo regime jurídico [livro eletrônico]: A visão do Direito Financeiro, integrada ao Direito Tributário e ao Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

31 BARROS FILHO, Wilson Accioli de. *Op. cit.*, p. 278.

alternativa a credores com necessidade financeira imediata, que tenha pressa em receber os valores. Com efeito, trata-se de mecanismo que viabiliza oficialmente que credores recebam mais rapidamente o seu crédito, com segurança jurídica e com menor deságio. Além disso, nesse caso, ambas as partes – credor e devedor – são beneficiadas: ganham os credores que receberão mais prontamente seus créditos, ainda que com deságio; e ganham os entes estatais com o aceleração do ritmo de pagamento das dívidas.”

Pela importância e clareza de seus argumentos, transcreve-se abaixo trecho de seu voto a respeito do acordo direto:

[...] gostaria de ressaltar aqui uma questão curiosa acerca da realização de leilões e de acordos como formas de pagamento de precatórios. No âmbito das relações entre particulares é natural que, numa situação de inadimplência, busque o credor a negociação da dívida, resultando, muitas vezes, no parcelamento das dívidas, na retirada de juros e multas e até mesmo a diminuição desse valor. Se essas orientações são salutares em se tratando de relações privadas, porque não aplicá-las quando estamos diante de entes federativos inadimplentes? No meu sentir, a celebração de acordos – e a realização de leilões é uma forma de transação -, no âmbito da administração pública, são plenamente viáveis, devendo ser estimuladas, pois viabiliza a busca de soluções consensuais entre administrados e administração. A meu ver, a regra do pagamento na ordem cronológica (não temos aqui cláusula pétrea) não é óbice a impedir a adoção de soluções consensuais no pagamento de precatórios, pois o que se deve verificar no caso é se restam atendidos os princípios da impessoalidade e da isonomia. Com efeito, pode parecer que a celebração de um acordo pode dar ensejo à suposição de que a parte envolvida receberá tratamento privilegiado em relação aos demais credores do Poder Público. Contudo, essa situação não ocorre, pois teremos, na hipótese de leilão ou de acordo, situação distinta, pois os credores, nesses casos, não receberão integralmente seus créditos, situação que, por si, os distingue dos demais. Dessa forma, entendo que esses mecanismos, ao lado da hipótese de pagamento de precatórios em ordem cronológica de apresentação, atendem, em última análise, o princípio da eficiência da Administração Pública (art.37, CF/88), constituindo meio hábil e menos gravoso para o pagamento dos débitos públicos³².

Diante disso, denota-se que a Constituição permite expressamente a cessão de crédito de precatório a terceiros, sem qualquer limitação do negócio entabulado entre o credor o mercado paralelo de precatórios. Entretanto, o constituinte restringe o acordo direto de precatório ao limite de 40% de deságio.

Assim, o mercado privado atuante no setor de investimentos possui ampla liberdade negocial com os credores estatais, os quais, por sua vez, por força do princípio da autonomia da vontade também estão livres para ceder seu crédito com o deságio que entender conveniente, ainda que possa parecer draconiano.

De outra banda, para a Fazenda Pública negociar os seus débitos, o legislador constituinte impôs o teto de 40% de deságio.

Como já exposto anteriormente o percentual estabelecido pela EC 94 veio a atender à decisão do Supremo Tribunal Federal exarada nas ADI n. 4.357 e 4.425.

Ocorre que, compulsando os debates realizados naquele julgamento, não é possível encontrar a razão pela qual se instituiu essa limitação no acordo direto. Na ocasião, o Ministro Barroso chegou a

32 BARROS FILHO, Wilson Accioli de. *Op. cit.*, p. 278

sugerir o valor do deságio de até 25%, contudo, no acórdão não há motivação para sustentar a modulação de efeitos do acordo direto sob a condição de deságio máximo de 40%^{33 34}.

Desta feita, verifica-se que a questão alusiva ao deságio do acordo direto em precatório não foi devidamente enfrentada e discutida pela Corte Suprema, a merecer uma reanálise do tema, com especial atenção à incoerência existente entre a negociação realizada pela Administração Pública e cidadão frente às cessões de créditos de precatórios formalizadas entre particulares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A solução pacífica dos conflitos é erigida como um dos princípios republicanos da Constituição Brasileira e sua adoção tem sido estimulada pelo legislador, tal como podemos observar do CPC/2015 e a Lei de Mediação e Arbitragem (Lei nº 13.140/2015).

Ora, ao promover acordos diretos em precatórios, acelera-se o ritmo de pagamento das dívidas judiciais: ganham os credores, que receberão mais prontamente seus direitos; ganham os entes públicos, que não correrão o risco de ter uma parcela crescente de suas receitas comprometidas com o pagamento dos precatórios; e ganha a sociedade, que não corre o risco de ter serviços públicos essenciais interrompidos em função de bloqueio judicial das contas dos entes públicos.

Exige-se da Administração Pública contemporânea, um modelo gerencial, por meio do qual se impõe um Estado qualificado para gerir os mais diversos tipos de interesses sociais e econômicos, por meio de uma escolha necessária dos meios adequados mais eficientes e eficazes, operando-se dentro dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade: adequação, necessidade (do meio adequado menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (Lei de Colisão de Princípios de R. Alexy)³⁵.

Ademais, acordos vantajosos em ações judiciais atendem às determinações da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), a qual impõe a penalização do gasto público irresponsável, determinando o equilíbrio entre receitas e despesas públicas, estabelecendo limites para gastos, endividamento e contém dispositivos destinados a compelir a Administração Pública a liquidar pendências,

33 O Ministro responsável por defender a modulação de efeitos dos acordos diretos, julgados inconstitucionais pelo STF, foi Luís Roberto Barroso que viu neles importante via de pagamento alternativo de precatórios. Na visão do Ministro não seria adequado abandonar simplesmente as formas alternativas de pagamento de precatórios, porque ofensivas supostamente aos princípios erigidos pelo sistema constitucional de precatórios. Seria mais correto propor parâmetros que autorizassem a modulação e permitissem um último suspiro aos acordos no ordenamento jurídico brasileiro. Pois bem. A proposta do Ministro Barroso foi de que os acordos fossem modulados desde que se fixasse um limite de desconto máximo de 25% para as negociações e que a ordem cronológica fosse respeitada. Contudo, da leitura integral do acórdão, não foi possível extrair com clareza quais foram os critérios adotados para a proposta de exatos 25%. O argumento fático foi de que a situação como estava, solta para a negociação livre das partes, favorecia uma postura draconiana da Fazenda Pública ao forçar grandes descontos que acabavam diminuindo consideravelmente o valor original da dívida. Mas, o porquê dos 25% não foi explicado. E o mais espantoso a revelar a decisão política do STF foi que, no decorrer dos debates, chegou-se a outro valor, agora definitivo, de deságio máximo de 40%. Mudou-se, portanto, o entendimento anterior para admitir que os acordos diretos tivessem como um valor máximo de 40% sobre o valor de face do seu precatório. Nada se debateu na decisão a ponto de permitir alguma conclusão do cidadão jurisdicionado a respeito das razões deste novo parâmetro. Cf: BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Op. cit, p. 282-283.

34 Destaca-se que, a par da instituição do limite de deságio do acordo direto em 40% pelo STF, o CNJ, à época da edição da Resolução n. 115 de 2010, objetivando disciplinar o instituto do acordo direto, estabeleceu que o deságio máximo tolerável seria de 50%. (Art. 20, §2º, “b”).

35 SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010 (teoria e direito público, 7), p. 169-170, 170-174 e 174-178 Apud NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO,

como condição da obtenção de financiamentos para novos investimentos. Assim, a celebração de acordo num processo judicial pendente, em condições vantajosas para o Erário, é um ato em consonância com a disciplina da responsabilidade fiscal³⁶.

Nesse passo, a limitação constitucionalmente imposta no deságio aplicado aos acordos diretos não se mostra adequada à nova concepção da Administração Pública e vai de encontro ao esforço legislativo até então empregado pelo legislador brasileiro na busca do consensualismo no âmbito do Poder Público.

Para tanto, se faz imprescindível revisar categorias à luz das transformações paradigmáticas que conduzem ao controle mais dialógico, democrático e conciliatório, menos unilateral e preso à legalidade estrita, visto que o efeito da moderna concepção do Estado-sociedade se traduz não mais na rigorosa separação do Estado e do cidadão, mas em recíproca coordenação, como incentivo ao espírito de colaboração e de pacífica coexistência e participação³⁷.

Conclui-se, portanto, que a restrição do deságio no acordo direto ao teto de 40% é incoerente com o sistema de cessão de créditos de precatório constitucionalmente permitido, para o qual não há qualquer limitação, razão pela qual o instituto merece ser revisto pelo Poder Constituinte Derivado e, por conseguinte, pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BARROS FILHO, Wilson Accioli de. *Acordos Administrativos público-privados: delineamentos teóricos e prática nos precatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.425-DF*. Rel. Min. Luiz Fux, j. 25 mar. 2015, DJe-152 04 ago.2014.

CARVALHO, Gabriela de. *A nova Administração Pública e o direito administrativo*. Fórum Administrativo — FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 158, abr. 2014.

COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: uma introdução histórica*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CUNHA, Bruno Santos; NERY, Cristiane da Costa; CAMPELLO, Geórgia Teixeira Jezler. *Direito muni-*

Marcílio da Silva. *Contrapesos de uma Administração Pública consensual: legalidade versus eficiência*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, p. 49-77, maio/jun. 2017.

36 NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *Revista da AGU*. Brasília-DF, v. 15, n. 02, abr./jun. 2016, p. 46.

37 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

cipal em debate. Belo Horizonte: Fórum, 2017. v. 3.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Origem e formação do Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Tratado de direito administrativo [livro eletrônico]: teoria geral e princípios do direito administrativo.v.1. 2. ed. e-book baseada na 2. ed. Impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de Direito Administrativo Positivo. 8.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e princípios fundamentais. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

FUNGHI, Luís Henrique Balta. Da dogmática autoritária à administração pública democrática. Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, ano 211, n. 257, maio/ago. 2011.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. v.1. Revisor técnico: Carlos Ari Sundfield. Trad. José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo em evolução. 22 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. v. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann [et al.]. Precatórios: o seu novo regime jurídico [livro eletrônico]: A visão do Direito Financeiro, integrada ao Direito Tributário e ao Direito Econômico. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Revista da AGU. Brasília-DF, v. 15, n. 02, abr./jun. 2016.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Contrapesos de uma Administração Pública consensual: legalidade versus eficiência. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, maio/jun. 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.