

A PROBLEMÁTICA DO USO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS PELO PODER PÚBLICO

THE PROBLEMATIC OF THE USE OF JUDICIAL AND EXTRAJUDICIAL DEPOSITS BY THE PUBLIC POWER

ONOFRE ALVES BATISTA JÚNIOR^{*}
DANIEL CABALEIRO SALDANHA^{**}
TARCÍSIO DINIZ MAGALHÃES^{***}

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade central elucidar os debates acerca da constitucionalidade do uso, por parte dos entes federados, de depósitos judiciais e extrajudiciais, para o pagamento de despesas diversas, à luz do atual cenário de crise financeira e fiscal e da necessidade de se encontrar novas formas de financiamento público, para além do simples aumento dos níveis de tributação ou, pior, da obtenção de empréstimos junto às próprias instituições bancárias que custodiam os depósitos. Como primeiro objetivo, portanto, buscaremos

ABSTRACT: This article's central objective is to elucidate the debate over the constitutionality of legal statutes that allow state-members to make use of judicial and extrajudicial deposits, in order to pay for various expenses. This will be done so in light of the current fiscal and financial crisis, and by taking into account the need to find new forms of financing public benefits, beyond simply increasing the levels of taxation or, worse, borrowing from the same banks that keep the deposits. We will begin by clarifying what is at stake behind this whole controversy: what is the real purpose of the

* Professor Adjunto da Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG (Departamento de Direito Público). Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Portugal. Doutor em Direito pela UFMG. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Portugal.. Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais, integrante da carreira dos Procuradores do Estado.
Email: onofrebj@hotmail.com

** Aluno do Curso de Doutorado em Direito e Justiça do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Mestre em Direito e Justiça pela UFMG. Bacharel em Direito pela UFMG. Procurador do Estado de Minas Gerais.
Email: cabaleiro.dcs@gmail.com

*** Aluno do Curso de Doutorado em Direito e Justiça (Tributário e Financeiro) do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, com estágio doutoral na Universidade McGill, Canadá. Mestre em Direito e Justiça (Tributário e Financeiro) pela UFMG. Bacharel em Direito pela UFMG, com formação complementar pela Universidade de Wisconsin-Madison, EUA. Assistente do Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais.
Email: tarcisiodmagalhaes@gmail.com

esclarecer o que está em jogo por detrás de toda a polémica: qual o verdadeiro desígnio das leis em questão, para quem se voltam, quais as garantias oferecidas aos depositantes, e sobretudo quem é realmente afetado por essa inovação legislativa. Em seguida, procederemos à correção de alguns equívocos no tratamento da matéria, o que será feito trazendo-se à lume as origens políticas e econômicas da controvérsia, instaurada a partir do ajuizamento de uma série de ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Um outro propósito do texto é abordar a forma como o tema tem sido enquadrado judicialmente, tendo em vista o papel e os limites da jurisdição constitucional no controle e na preservação da integridade do direito, em face dos problemas ligados à chamada “judicialização da política”. Por último, exporemos o que acreditamos ser a verdadeira *quaestio juris* a merecer atenção da doutrina, a saber, a conformidade entre os regramentos federal e estaduais, no que tange à destinação pública dos valores depositados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional, administrativo e financeiro. Depósitos judiciais e extrajudiciais. Uso pelo poder público. Arguição de inconstitucionalidade. Pragmatismo jurídico. Consequencialismo judicial. Federalismo fiscal. Normas gerais.

laws in question, to whom they are directed, which guarantees are offered to the depositors, and particularly who is really affected by this legislative innovation. By bringing to light the political and economic origins of the dispute, which resulted from a series of constitutional actions brought before the Brazilian Supreme Court, we intend to correct a few errors in the treatment of this matter. Here, the paper will consider the role and the limits of judicial review, especially the problematic of the legalization or judicialization of political issues. Finally, we shall set out what we believe to be the true legal problem at hand, namely, the compatibility between federal and state rules regarding the public allocation of the deposits.

KEYWORDS: *Constitutional, administrative and public finance law. Judicial and extrajudicial deposit. Use by the public. Unconstitutionality claim. Legal pragmatism. Judicial consequentialism. Fiscal federalism. General norms.*

SUMÁRIO: 1 – Introdução. 2 – Compreendendo a polémica. 3 – Os questionamentos hoje levantados e o risco do consequencialismo judicial. 4 – Análise da jurisprudência do STF. 5 – Em que as novas leis inovam? 6 – A verdadeira *quaestio juris*, ou: o retorno da problemática das “normas gerais”. 7 – Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, tem-se debatido intensamente, nos meios de comunicação e nas redes sociais, a constitucionalidade de leis aprovadas (tanto em âmbito federal quanto estadual) no intuito de disciplinar a utilização, por parte dos poderes executivos dos estados, de recursos em numerário, até então confiados a instituições financeiras por todo o país, sob a rubrica de depósitos judiciais e extrajudiciais. Muito em razão do estrangulamento crescente das

fontes de receita pública dos entes federados – que têm visto seu orçamento agudamente comprimido pelos efeitos recessivos da atual crise financeira de proporções globais¹ –, o tema granjeou amplo espaço no cenário político-jurídico nacional.

De certa forma, está-se diante de uma proposta inovadora no campo das políticas de financiamento público, que institui engenhosos modelos de gestão de valores que sempre foram confiados à guarda do Estado, mas que estavam sob o controle dos bancos nacionais. Esse ineditismo explica, em parte, o incômodo de

1 Sabe-se muito bem que a economia global tem vivido tempos sombrios, não tendo se recuperado totalmente da grande crise financeira de 2008. Em meio a um cenário de desaceleração do crescimento e de severa escassez de recursos, constata-se, como consequência, a tendência ao agravamento da crise fiscal dos Estados nacionais – até, e inclusive, naqueles considerados “ricos e desenvolvidos”, que vêm sendo constantemente pressionados a adotar políticas de austeridade e a reduzir suas extensas redes de seguridade social. A propósito dos perigos nas medidas de controle de gastos, *cf.* BLYTH, 2013. Para um estudo mais profundo dos problemas vividos pelos países na era da mundialização do capital e da recessão econômica, remetemos o leitor a BATISTA Jr., 2015a. Se a situação econômica dos Estados-nação não é boa, muito pior é a das subunidades que compõem uma federação. No caso do Brasil, desde o final do século passado, quando foram celebrados acordos no âmbito do Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados, já se falava em uma crise dos estados federados (LOPREATO, 2002). De lá pra cá, o quadro foi se deteriorando exponencialmente (*cf. e.g.* OLIVEIRA; GONTIJO, 2012). Como já noticiam os jornais: “Asfixiados pelo encolhimento da economia e da arrecadação de impostos, os Estados sofrem mais diretamente que o governo federal o impacto da crise orçamentária. Enquanto a União consegue se endividar no mercado financeiro e postergar as medidas mais amargas de ajuste, os governos estaduais dispõem de poucas opções para equilibrar suas contas – além de elevar tributos e atrasar pagamentos quando falta dinheiro no caixa.” (PATU, 2016); e “Com a arrendação em queda, gastos crescentes e sem perspectiva de retomada imediata do crescimento econômico, governos estaduais já preveem que fecharão 2017 no vermelho. Levantamento feito pela *Folha* mostra que ao menos nove Estados e o Distrito Federal devem encerrar o próximo ano com *déficit* primário – resultado das despesas menos receitas, descontados os juros.” (MARQUES; PITOMBO, 2016). Ora, estados-membros não podem emitir moedas para equilibrar suas finanças, e suas receitas obedecem a um ritmo naturalmente deprimido de arrecadação, já que sequer podem “inventar” novos tributos, tal como faz a União (art. 154, I, e art. 195, § 4º, da CRFB/1988). De mais a mais, o principal tributo estadual é o ICMS, cuja base foi historicamente esvaziada pela “guerra fiscal”, sob o beneplácito da União, e pelo recente desaquecimento da economia, por se tratar de “imposto de mercado”.

certos setores da sociedade,² que têm se insurgido contra tais leis, embalados pelos velhos discursos de “aversão ao Estado”.³

Deixando de lado a questão do sentimento “anti-governo”, é de se destacar que as referidas medidas não são, nem de longe, as primeiras a dispor sobre o uso de depósitos por parte dos entes políticos da federação. No final da última década do século passado, a União federal já havia editado a Lei nº 9.703, de 17/11/1998⁴

-
- 2 No plano da psique humana, pode-se atribuir o desconforto ao fato de que o que é novo costuma incomodar (*argumentum ad antiquitatem*). Somem-se a isso as limitações cognitivas e anomalias de escolha que a economia comportamental (ramo que combina ciências econômicas e psicologia) tem denunciado, dentre as quais estão os chamados “efeito dotação”, “aversão à perda” e “viés do *status quo*”, derivados da teoria da perspectiva ou do prospecto (*prospect theory*), que mostra que as pessoas têm uma preferência muitas vezes irracional por manter o estado atual, mesmo que a mudança possa proporcionar uma melhoria de bem-estar futura. Cf., por todos, KAHNEMAN, 2011. Convém recordar que, quando os ourives descobriram que era melhor emprestar dinheiro a juros do que fazer joia, isso incomodou muito a Igreja, mas não impediu que se tornasse uma prática comum. Depois, quando os bancos começaram a receber depósitos e a emprestar dinheiro que não lhes pertencia, a novidade, mais uma vez, gerou incômodo em muita gente. Diante da possibilidade de instituições financeiras se tornarem insolventes, foram criados, por toda a Europa, bancos centrais, para funcionarem, na prática, como “reservas” (*lenders of last resort*). Mesmo os americanos, que sempre se mostraram receosos a qualquer tentativa de criação de uma autoridade financeira federal, se viram na necessidade de instituir, no início do século passado, o que veio se chamar *Federal Reserve System*, apelidado de *Fed*. Sobre a história do *Fed*, cf. LOWENSTEIN, 2015. Com efeito, o *Fed* foi pensado com o propósito de evitar movimentos de “manada”, decorrentes de uma crise econômica mais grave, o que poderia impedir a devolução do dinheiro depositado. Enfim, foram criados, mundo afora, mecanismos estatais para se evitar a quebra dos bancos, demonstrando que, diferentemente dos agentes privados, os Estados não estão sujeitos à falência. Muito pelo contrário, como ficou bastante claro com a *crash* de 2008, desencadeada a partir dos Estados Unidos, quando os bancos quebram, só resta chamar o Estado para socorrê-los (*bailouts*). Sobre essa temática, recomendamos o filme de 2011 intitulado *Grande Demais para Quebrar*, inspirado no livro *Too Big to Fail: The Inside Story of How Wall Street and Washington Fought to Save the Financial System – and Themselves*, do jornalista Andrew Ross SORKIN (2009).
- 3 Como muito bem observa o sociólogo Jessé SOUZA (2015), o discurso político brasileiro sempre foi dominado, por manipulação da elite que controla as principais estruturas sociais, pela demonização de tudo o que é coletivo (colocando-se a máquina estatal sob constante suspeita de ineficiência, má-gestão, desperdício, e incapacidade de administrar recursos, investir e gerar riquezas) e idolatria do privado (visto como reino das virtudes e do progresso).
- 4 “Dispõe sobre os depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e contribuições federais.”

(posteriormente, alterada pela Lei nº 12.058/09 e, sobretudo, pela Lei nº 12.099/09⁵), determinado a transferência ao Tesouro Nacional da integralidade dos valores depositados em contas referentes a processos judiciais e administrativos, nos autos dos quais se discute a legitimidade da cobrança de tributos federais (incluindo contribuições sociais). Pouco tempo depois, o estado do Mato Grosso do Sul aprovou a Lei nº 1.952, de 19/03/1999,⁶ a qual reproduziu quase todos os dispositivos da lei federal. Em 2001, foi a vez do Rio Grande do Sul, que fez publicar a Lei nº 11.667, de 11/09/2001,⁷ também disponibilizando para uso público a totalidade dos depósitos *tributários* efetuados em seu território. Em arremate, vieram a Lei nº 7.604, de 27/12/2001,⁸ do Mato Grosso, a Lei nº 2.759, de 20/11/2002,⁹ do Amazonas, e a Lei nº 15.010, de 18/11/2004,¹⁰ de Goiás, todas expandindo a autorização para abarcar parte dos depósitos judiciais *ficais e não fiscais*.

Todos esses diplomas legais foram questionados perante o Supremo Tribunal Federal, mas, à exceção das leis mato-grossense, gaúcha e amazonense, que continham vícios de formalidade, as outras duas (da União e do MS) foram reputadas compatíveis com a ordem constitucional.¹¹ Enquanto essas ações ainda tramitavam

5 “Dispõe sobre a transferência de depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e contribuições federais para a Caixa Econômica Federal; e altera a Lei nº 9.703, de 17 de novembro de 1998.”

6 “Dispõe sobre os depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos estaduais.”

7 “Dispõe sobre os depósitos judiciais relativos aos tributos do Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências.”

8 “Institui o Sistema Financeiro de Conta Única de Depósitos sob Aviso à Disposição da Justiça no Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso e dá outras providências.”

9 “Institui, no Poder Judiciário do Estado do Amazonas, o Sistema Financeiro de Conta Única de Depósitos Judiciais sob Aviso à Disposição da Justiça, convalida o Fundo de Reaparelhamento do Poder Judiciário – FUNJEAM, criado pela Resolução nº 023/2002, de 17 de setembro de 2002, do Tribunal de Justiça do Estado, e, dá outras providências.”

10 “Dispõe sobre o Sistema de Conta Única de Depósitos Judiciais e Extrajudiciais, no âmbito estadual.”

11 Cf. ADI-MC nº 1.933/DF (Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 30/05/2001, DJ 31-05-2002 PP-00041 EMENT VOL-02071-01 PP-00113

no STF, a União se adiantou e mandou publicar as Leis nºs 10.819, de 16/12/2003,¹² e 11.429, de 26/12/2006,¹³ convalidando o uso de depósitos *judiciais* tributários pelos municípios, pelos estados e pelo distrito federal.¹⁴

Se assim é, por que, então, a questão voltou, recentemente, ao centro dos debates jurídicos, a partir da edição de novas leis, por parte de outros estados-membros e também da própria União, que são essencialmente idênticas àquelas? Essa é a principal pergunta que o presente artigo busca responder.

Para tanto, serão analisadas as implicações advindas dos novos atos legislativos – algo que tem sido muito mal compreendido, tanto pela mídia quanto por parte da dogmática. Também serão verificados os efeitos *jurídicos* que essas leis visam produzir, por meio de uma análise lógica-dedutiva das normas postas.¹⁵ Fica

RTJ VOL-00183-01 PP-00100) e ADI nº 1.933/DF (Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2010, DJe-164 DIVULG 02-09-2010 PUBLIC 03-09-2010 EMENT VOL-02413-02 PP-00274 RT v. 100, n. 904, 2011, p. 141-148); ADI-MC nº 2.214/MS (Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2002, DJ 19-04-2002 PP-00045 EMENT VOL-02065-02 PP-00385); ADI nº 3.458/GO (Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2008, DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-02 PP-00350 RTJ VOL-00205-02 PP-00665 LEXSTF v. 30, n. 354, 2008, p. 87-109); ADI nº 2.909/RS (Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2010, DJe-105 DIVULG 10-06-2010 PUBLIC 11-06-2010 EMENT VOL-02405-02 PP-00282); ADI nº 2.855/MT (Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2010, DJe-173 DIVULG 16-09-2010 PUBLIC 17-09-2010 EMENT VOL-02415-02 PP-00209 RTJ VOL-00218-01 PP-00122); ADI nº 3.125/AM (Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2010, DJe-110 DIVULG 17-06-2010 PUBLIC 18-06-2010 EMENT VOL-02406-01 PP-00178).

- 12 “Dispõe sobre os depósitos judiciais de tributos, no âmbito dos Municípios, e dá outras providências.”
- 13 “Dispõe sobre os depósitos judiciais de tributos, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal; revoga a Lei nº 10.482, de 3 de julho de 2002; e dá outras providências.”
- 14 Essas leis foram, no ano de 2015, revogadas pela LC nº 151, que será objeto de análise mais adiante.
- 15 Em outras palavras, como estamos a tratar de casos a serem decididos judicialmente, não é o caso de proceder a um exame empírico acerca das prováveis consequências econômicas e de mudanças de comportamento social que possam vir a ser produzidas por meio da implementação da sistemática legal em comento. Nosso objetivo é tão-só compreender o *sentido jurídico-constitucional* das normas vergastadas, dentro dos

clara, desde já, nossa intenção de afastar uma visão economicista da interpretação/aplicação do direito, por ser incompatível com o Estado democrático de direito (DERZI; BUSTAMANTE, 2013).

Nada obstante, e para os estritos fins de trazer à tona as motivações que inspiram as críticas lançadas às leis sobre o uso de depósitos pelo Estado, julgamos necessário identificar

limites dos textos legais e segundo as melhores técnicas de interpretação. É que, do ponto de vista das teorias do direito e da argumentação jurídica, as consequências que devem realmente importar para o aplicador (especialmente os juízes) são aquelas que possam ser logicamente extraídas das leis e demais textos jurídicos, sob pena de subversão do *rule of law* (DERZI; BUSTAMANTE, 2013). Com base nesse raciocínio, inúmeros juristas nacionais e estrangeiros têm se contraposto a posturas consequencialistas e pragmatistas em sentido forte, que passaram a ser defendidas a partir da década de 70 por pessoas ligadas à análise econômica do direito e à escola do Direito & Economia, geralmente por influência do juiz norte-americano Richard POSNER (2008; 2013; 2016) – que, aliás, tem relativizado bastante sua posição nos últimos anos. Sobre os limites do consequencialismo judicial, vale conferir as análises do jusfilósofo Neil MacCORMICK (1978; 2005). Ainda sobre a temática, convém destacar as dimensões temporal (a relação “direito-tempo”) e espacial (distribuição de funções entre os três poderes de Estado dentro do sistema jurídico) da interpretação/aplicação jurídica (cf. DERZI, 2009). Quanto à primeira, a dimensão temporal, afirma-se que o legislativo e, em menor grau, o executivo estariam politicamente legitimados a pesar e sopesar os resultados práticos de suas escolhas (embora sempre estejam, de algum modo, vinculados, seja à Constituição, seja às leis), pois cabe a eles avaliar a desejabilidade ou conveniência de determinada medida a ser adotada *pro futuro*. Do judiciário, que se volta para o passado, espera-se uma atuação bem menos “discrecionária” – o que Ronald DWORKIN (2013) chamará de “discrecionabilidade fraca” –, seja por uma questão de justiça (o direito não pode retroagir), seja, ainda, por uma questão de democracia (o direito deve ser criado pelos órgãos representativos). Já no que toca à dimensão espacial, tem-se que, ao ser “colocado” no centro do sistema jurídico, bem distante da periferia ou zona limítrofe, o juiz deve se imunizar contra influências externas advindas do ambiente e de sistemas fronteiriços, principalmente o político e o econômico (LUHMANN, 2004, p. 293-294). Não que o juiz jamais possa recorrer ao *consequentialist* e/ou *pragmatic reasoning*, mas a fundamentação das decisões deve se atrelar às consequências *jurídicas, normativas, internas, sistêmicas, causais* (MacCORMICK, 1978, p. 130-151; WRÓBLEWSKI, 1992, p. 189-208; MacCORMICK, 2005, p. 102-120; CARBONELL, 2013, p. 1-19) – é dizer: consequências logicamente derivadas do próprio ordenamento e que devem se reportar, de volta, ao próprio direito. Nesse caminhar, são amplamente admitidos o argumento apagógico (*argumentum ad absurdum*), que leva à rejeição de uma interpretação teratológica – leia-se: carente de um mínimo de razoabilidade – (BUSTAMANTE, 2012), bem como o método da ponderação e os critérios de proporcionalidade, notadamente diante da violação de direitos e garantias fundamentais. Consequências outras só poderiam ser empregadas de modo complementar à tomada de decisão *jurídica* (TORRES, 2010, p. 19-50).

aqueles que seriam, na prática, os mais atingidos pela mudança e que, por isso mesmo, têm motivos de sobra para se sentirem insatisfeitos.¹⁶ Buscamos, dessa maneira, elucidar as razões político-econômicas que levaram à propositura de novas ações diretas de inconstitucionalidade perante o STF, promovendo a renovação de um debate que parecia já superado.

2. COMPREENDENDO A POLÊMICA

A discussão sobre o uso público de depósitos ganhou renovados ânimos a partir do ano de 2013, com a edição, pelo estado do Paraná, da LC n° 159,¹⁷ e pelo estado do Rio de Janeiro, da LC n° 147¹⁸ (esta, alterada pelas LC's fluminenses nos 148/13 e 163/15). Com a introdução desses diplomas nos ordenamentos estaduais, os poderes executivos dos respectivos estados ficaram legalmente autorizados a fazerem uso de parcela de depósitos judiciais (e, no caso do RJ, também extrajudiciais), em dinheiro, quer de natureza tributária ou não, no atendimento às suas necessidades de caixa.

16 Para compreender o aspecto político do conflito em questão, é importante recorrer a uma racionalidade econômica, norteadada pelo interesse próprio, a qual conduz à constatação de que toda nova lei tende a produzir “ganhadores” e “perdedores”, na medida em que altera a ordem social vigente, promovendo um rearranjo dos ônus e bônus compartilhados. Dessa perspectiva estrita, é natural que as leis em comento gerem uma certa revolta em alguns setores sociais, sobretudo naqueles que se sentem “prejudicados”. O problema desse modo individualista de pensar é ir totalmente de encontro às noções de *interesse público, vontade geral, bem comum*, que estão na base do Estado democrático de direito, assim entendido o arranjo institucional tracejado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a partir da conjugação dos valores liberdade, igualdade e fraternidade/solidariedade. Nessa, que é considerada a terceira fase do Estado de direito (o chamado constitucionalismo democrático do pós-guerra), como alternativa aos modelos do Estado liberal e do Estado social, o fundamento da ordem jurídica e, conseqüentemente, das leis aprovadas pela comunidade política deve ser capaz de transcender a soma matemática e agregativa das utilidades individuais, para lá dos egoísmos privados e de um individualismo atomista. Para uma discussão, cf. BATISTA Jr., 2008.

17 “Dispõe sobre a utilização de parcela de depósitos judiciais para aplicação nas áreas de saúde, educação, segurança pública, infraestrutura viária, mobilidade urbana e pagamento de requisições judiciais de pequeno valor e dá outras providências.”

18 “Dispõe sobre a utilização de parcela de depósitos judiciais para pagamento de requisições judiciais de pagamento, e dá outras providências.”

Muito antes, porém, o Rio Grande do Sul já havia produzido a Lei nº 12.069, de 22/04/2004¹⁹ – modificada, dois anos mais tarde, pela Lei nº 12.585 (que tratou de criar um fundo de precatórios) –, franqueando a utilização pelo governo estadual de 70% do numerário acumulado em depósitos judiciais *tributários ou não*, por remissão textual à Lei gaúcha nº 11.667, de 11/09/2001.²⁰

Ante o atual quadro de depressão econômica, que força governos a adotarem rigorosos ajustes fiscais, outros estados federados também resolveram lançar mão dessas verbas, a fim de assegurar a sanidade de suas contas e o custeio de despesas essenciais. Foi assim que, sob o prisma do direito posto, passaram a vigor no país, a partir do ano de 2015, a LC nº 42 da Bahia,²¹ a Lei nº 21.720 de Minas Gerais,²² a LC nº 131 da Paraíba,²³ a LC nº 264 de Sergipe,²⁴ a Lei nº 6.704 do Piauí.²⁵ Seguindo essa

19 “Dispõe sobre a gestão de recursos e dá outras providências.”

20 Confira-se o texto da Lei nº 12.069/04: “Art. 1º – Os depósitos judiciais, em dinheiro, referidos na Lei nº 11.667, de 11 de setembro de 2001, serão efetuados em instituição financeira oficial do Estado. § 1º – Será disponibilizada ao Estado, pela instituição financeira referida no *caput*, a parcela correspondente a 70% (setenta por cento) do valor dos depósitos judiciais. § 2º – A parcela dos depósitos judiciais não disponibilizada, de 30% (trinta por cento), será mantida na instituição financeira recebedora, e constituirá fundo de reserva destinado a garantir a restituição dos depósitos referidos no *caput*, repassados nos termos desta Lei. § 3º – Os depósitos judiciais referidos no *caput*, cuja parte litigante seja Município, ficam excluídos das destinações previstas nos parágrafos anteriores, permanecendo na instituição financeira para atendimento ao disposto na Lei Federal no 10.819, de 16 de dezembro de 2003.”

21 “Dispõe sobre a utilização de parcela de depósitos judiciais e extrajudiciais para pagamento de precatórios e de requisições judiciais de pequeno valor e para capitalização do fundo financeiro da previdência social dos servidores públicos do estado da Bahia – FUNPREV.”

22 “Dispõe sobre a utilização de depósitos judiciais em dinheiro, tributários e não tributários, realizados em processos vinculados ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG, para o custeio da previdência social, o pagamento de precatórios e assistência judiciária e a amortização da dívida com a União.”

23 “Dispõe sobre a utilização de parcela de depósitos judiciais e administrativos para pagamento de precatórios de qualquer natureza, outras finalidades previstas nesta lei e dá outras providências.”

24 “Dispõe sobre a utilização de parcela de depósitos judiciais e extrajudiciais para pagamento das situações que estabelece, e dá outras providências correlatas.”

25 “Dispõe sobre a utilização de depósitos judiciais em dinheiro, tributários e não

tendência, a presidenta Dilma Rousseff sancionou, em 5 de agosto de 2015, a LC nº 151,²⁶ aprovada pelo Congresso Nacional, cujo propósito foi estabelecer parâmetros nacionais acerca da possibilidade de transferência legal, aos Tesouros dos estados, do DF e dos municípios, de parcela dos depósitos em debate.²⁷ Após a aprovação da lei complementar nacional, o governador Geraldo Alckmin decidiu expedir o Decreto nº 61.460, de 27/08/2015,²⁸ prescrevendo procedimentos para o repasse dos depósitos efetuados no âmbito do estado de São Paulo.

Em pouco tempo, todas essas leis foram sendo submetidas, uma a uma, ao escrutínio de nosso tribunal constitucional, via ações diretas ajuizadas ora pela Procuradoria-Geral da República – PGR, ora pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB, ora pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.²⁹ Atuando em

tributários, realizados em processos vinculados ao Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, para custeio da previdência social, o pagamento de precatórios e a amortização da dívida com a União.”

26 “Altera a Lei Complementar nº 148, de 25 de novembro de 2014; revoga as Leis nºs 10.819, de 16 de dezembro de 2003, e 11.429, de 26 de dezembro de 2006; e dá outras providências.”

27 Dentre as especificidades trazidas pela LC nº 151/15 que merecem destaque, estão a referência a depósitos em que os entes públicos sejam partes (art. 2º), a limitação do percentual de aproveitamento para 70% (art. 3º, *caput*), *i.e.*, impondo um fundo de reserva de 30% (art. 3º, § 3º), e o estabelecimento de uma ordem de prioridade para a alocação dos recursos (art. 7º).

28 “Disciplina os procedimentos relativos ao repasse de depósitos judiciais e administrativos ao Estado de São Paulo, nos termos da Lei Complementar federal nº 151, de 5 de agosto de 2015.”

29 São elas: ADI nº 5.072 (proposta pelo PGR contra a LC fluminense nº 147/13); ADI nº 5.080 (proposta pela OAB contra as Leis gaúchas nºs 12.069/04 e 12.585/06); ADI nº 5.099 (proposta pelo PGR contra a LC paranaense nº 159/13); ADI nº 5.353 (proposta pelo PGR contra a Lei mineira nº 21.720/15); ADI nº 5.361 (proposta pela AMB contra LC nacional nº 151/15); ADI nº 5.392 (proposta pela AMB contra a Lei piauiense nº 6.704); ADI nº 5.365 (proposta pelo PGR contra a LC paraibana nº 131/15); ADI’s nºs 5375 e 5376 (propostas, respectivamente, pela AMB e pela OAB contra a LC sergipana nº 264/15); ADI nº 5.409 (proposta pelo PGR contra a LC baiana nº 42/15 e o Decreto baiano nº 9.197/04); e, por último, a ADI nº 5.463 (proposta pela OAB contra parte do art. 3º e incisos II a IV e parágrafo único do art. 7º da LC nacional nº 151/15). Dada a complexidade da matéria, o ministro Gilmar MENDES (2015), relator da ação que impugna a lei fluminense, convocou audiência

sintonia, essas três instituições invocaram uma série de dispositivos constitucionais para construir teses alternativas a favor da declaração de inconstitucionalidade. É o que analisaremos criticamente abaixo.

3. OS QUESTIONAMENTOS HOJE LEVANTADOS E O RISCO DO CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL

Em apertada síntese, sustentem as iniciais das ações diretas de inconstitucionalidade que as leis guerreadas violam o direito de propriedade (arts. 5º, *caput* e XXII, e 170, II); invadem a competência privativa da União para legislar sobre direito civil e processual (art. 22, I); desrespeitam a suposta imposição constitucional de que o pagamento de precatórios seja feito com as receitas correntes do Estado, e não com valores de propriedade de terceiros (art. 100, *caput*); instituem irregularmente empréstimos compulsórios (art. 148); desobedecem à sistemática constitucional de transferência de recursos do executivo ao judiciário (art. 168); desconsideram a competência da União para disciplinar o sistema financeiro nacional mediante lei complementar (art. 192).

Por simples leitura das petições, é possível constatar o caráter um tanto quanto genérico das razões ali deduzidas. Ao invés de argumentos *jurídicos* sólidos, a alegada inconstitucionalidade foi construída, basicamente, em cima de *especulações alarmistas* acerca da capacidade econômica dos entes políticos da federação de honrar compromissos financeiros com a população.³⁰ Há uso indiscriminado de falácias lógicas do tido *argumentum ad metum* (ou *in terrorem*) e *slippery slope*, razões pragmáticas e subjetivas,

pública para o dia 21 de setembro de 2015, quando foram prestados esclarecimentos de ordem técnica, administrativa, científica, econômica, política e jurídica.

30 Explora-se um cenário circunstancial e imaginário, em que os depositantes ver-se-iam, no futuro, privados do acesso aos recursos que consignaram, em função de seu esgotamento. Já de início, é preciso assinalar que argumentação fático-consequencial não dá ensejo a declaração de inconstitucionalidade. Basta ver que a eventual apuração da solvência dos modelos de utilização dos depósitos dependeria de prova atuarial-contábil, que não é cabível no controle concentrado e abstrato. A constitucionalidade há de ser aferida pelo cotejo do texto legal com o bloco de constitucionalidade, não sendo viável extrair de um suposto risco de insuficiência um vício de inconstitucionalidade.

truques de retórica,³¹ o que, como bem se sabe, é incapaz de ensinar a invalidação *judicial* de um ato emanado do poder legislativo.

Nos moldes em que foram apresentadas, as exordias revelam uma indignação muito mais *político-econômica* do que propriamente jurídica. A tese é relativamente simples, sustentando-se em dois frágeis pilares:

- a) a suposta *possibilidade* de insolvência dos entes políticos, como se entes políticos se sujeitassem à lógica de solvabilidade dos agentes de mercado;³² e
- b) a suposta indisponibilização *imediata* dos valores aos depositantes, como se esses depósitos pudessem ser requisitados a qualquer tempo e por todos os depositantes concomitantemente.³³

Como se vê, o argumento central da OAB, da AMB e do PGR se bate pela análise da “solvência” do modelo instituído, consistindo-

31 A propósito, *cf.* BUSTAMANTE; DAHLMAN, 2015.

32 Essa alegação, a rigor, constitui o principal sustentáculo das ações. No entanto, é totalmente descabida, tendo em vista que, conceitualmente, os entes federados são absolutamente solventes, não se podendo, ainda que por mera conjectura, vislumbrar a possibilidade de que os valores não venham, jamais, a ser ressarcidos. Ora, na condição de ente federado, cujas principais receitas são derivadas das atividades econômicas dos particulares na forma de tributos, o Estado não apresenta o risco real de chegar à exaustão absoluta de seus recursos. Nessa esteira, seguem os comentários de um especialista estadunidense, ao abordar a crise fiscal que assola os estados-membros da federação americana: “Estados parecem quase ter sido concebidos para nunca falir – com obrigações que são pequenas em relação às receitas fiscais, o poder de aumentar tributos e, finalmente, um dever legal e executável de fazer uso disso para cumprir as obrigações contratuais estaduais. A razão fundamental pela qual empresas pedem concordata – uma incapacidade de cumprir suas obrigações e um perigo de que a liquidação destruirá valor – não tem nenhum significado para um estado. O único sentido em que um estado poderia ir à falência seria se, apesar da proibição geral sobre empréstimos para fins operacionais, contrair obrigações que não puderam ser pagas sem uma tributação tão punitiva que desencadearia uma espiral econômica descendente e o governo federal ficasse de lado e deixasse que isso acontecesse – essencialmente uma situação agora enfrentada por Grécia e Irlanda e pela UE.” (SILVERS, 2012, p. 44-45).

33 É de todo inconcebível pensar que a totalidade desses depósitos será requisitada ao mesmo tempo, dadas as peculiaridades restritivas quanto a seu levantamento. Lembre-se que depósitos dessa espécie não constituem reservas de agentes privados, não detendo a mesma liquidez, já que sua liberação está condicionada ao deslinde da questão à qual se ligam.

se em *argumentação meramente circunstancial*. Partindo de receios não comprovados (carentes de demonstração empírica) acerca da aptidão institucional dos entes públicos de dar cumprimento ao disposto nas leis,³⁴ os três legitimados querem fazer crer que inexistiria garantia real de que os poderes executivos dos estados darão cumprimento às determinações dos poderes judiciários para entregar os valores depositados, no momento da restituição. O erro desse tipo de argumento – que consubstancia uma forma de consequencialismo probabilístico a ser evitada em sede de pronunciamento judicial – está em que eventual anulação de leis deve se basear em um juízo *jurídico-constitucional*, e não numa avaliação política da desejabilidade das consequências práticas das leis. Além do mais, não existe algo como uma inconstitucionalidade por inferência de futuro descumprimento de lei, até mesmo porque, em

34 É interessante observar que, em sentido contrário ao alegado, os ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux puderam se manifestar pela solidez do modelo de utilização de depósitos judiciais adotado pelo estado do Rio de Janeiro, *in verbis*: “O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: – Eu tive uma preocupação, porque esses depósitos judiciais, e observava o Ministro Marco Aurélio, não são um dinheiro do Estado, e nenhum de nós quereria criar um risco para a solvabilidade do sistema, que tem que prover esses dinheiros ao final de determinadas demandas. Eu, portanto, pedi ao Estado do Rio de Janeiro que me mandasse as planilhas de entrada e saída dos depósitos judiciais e encaminhei essas planilhas à Secretaria do Tesouro Nacional. E a resposta veio tranquilizadora: num período de três anos, somente em um único mês houve menos ingressos do que saída. Vale dizer, em todos os meses – ao longo de três anos – entrou mais dinheiro, para o sistema de depósitos judiciais, do que saiu; salvo um único mês em que houve uma variação para menos de 0,22%, o que leva à conclusão de que inexistente risco para o sistema na utilização desse recurso. Bem sei que há uma ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo eminente e estimado Procurador-Geral da República, doutor Rodrigo Janot, questionando essa lei do Rio de Janeiro. O Ministro Gilmar Mendes é o Relator; não concedeu a liminar; aplicou o rito do art. 12, portanto a lei está em vigor. Acho que quando se for discutir a sua constitucionalidade, levando em conta os argumentos judiciosos do eminente Procurador-Geral, nós também deveremos levar em conta que esta lei permitiu a superação de um estado continuado de inconstitucionalidade e que inexistente risco para o sistema, segundo se deduziu dos cálculos feitos pela Secretaria do Tesouro Nacional. [...] O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: – Só uma intervenção rápida. É porque eu tive o cuidado de me informar sobre se esses depositantes – esses beneficiários dos depósitos – corriam algum risco de não receberem no momento oportuno. E fui informado, pela Presidência dos tribunais que utilizam essa metodologia, que isso jamais poderá acontecer.” (ADI 4425 QO, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-152 DIVULG 03-08-2015 PUBLIC 04-08-2015)

um Estado democrático de direito, deve-se presumir o cumprimento das leis e ordens judiciais pelos agentes públicos, e não o contrário.

Tudo indica que a intenção é fazer proveito do atual clima de crise política e econômica, abalando a confiança nas instituições públicas, com o fito de desconstituir leis democraticamente aprovadas pela manifestação da vontade popular. Salta aos olhos o desejo de alguns de arrogar para si a função de redefinir, pela via judicial, as políticas econômicas dos entes federados.³⁵ Como não possuem representatividade política, deixam de buscar os canais institucionais de formação da vontade da maioria, requerendo ao judiciário sua intervenção direta. A atuação da OAB, do MPF e da AMB, assim, só contribui para divergir atenções e subtrair o caráter político-democrático da matéria, no intuito de remeter, sob novas vestes, ao Supremo uma questão que compete aos órgãos de representação popular.³⁶

Preocupa, outrossim, a tentativa de redirecionamento da discussão para outras áreas, como a economia e as ciências contábeis e atuariais, em detrimento do direito – bem na linha do que defendem autores como Richard POSNER (1995), que falam na necessidade de ir “para além do direito”, colhendo diretamente, sem qualquer filtragem, razões extrajurídicas. Para o deslinde do caso, importaria, segundo essa visão, saber quais os riscos econômicos

35 Deveras, não há como negar o viés politizado dessa discussão. Para o MPF e a AMB, o dinheiro dos depósitos não poderia, em hipótese alguma, ser utilizado pelo Estado, ao passo que a OAB apresenta juízo político diverso (e bastante conveniente aos interesses que defende), admitindo tão-somente a quitação de precatórios. Há, como se percebe, clara discordância política quanto à matéria, catalisada por jogos de interesse e poder. Diante de um pluralismo de visões como esse, o ideal seria buscar a construção de um *acordo político*, pelas vias legítimas da deliberação democrática e dentro das instituições do processo legislativo. A questão é que esse pacto já foi celebrado, quando da elaboração das leis impugnadas. Chegou-se a um *compromisso político* no preciso momento em que os projetos de lei foram discutidos e votados pelos representantes eleitos. Ora, tanto as normas federais quanto as estaduais que disciplinam o uso de depósitos judiciais foram concebidas com a participação efetiva e o protagonismo dos ocupantes de cargos de representação do povo brasileiro, seja no Congresso Nacional ou nas assembleias legislativas.

36 É patente o desejo de esvaziar o conteúdo político das leis, turvando a discussão nevrálgica, que cinde-se à legitimidade de atos normativos emanados do exercício da vontade popular, por meio das discussões que tomaram lugar nas casas legislativas federal e estaduais.

envolvidos e se, futuramente, os entes políticos terão condições efetivas de devolver o dinheiro depositado, questionamentos esses que jamais foram levantados em relação aos bancos, na sistemática anterior. Outras indagações compreendem a existência ou não de estrutura propícia à devolução, se as leis levarão ao desequilíbrio financeiro, se a dívida consolidada aumentará, se as finanças públicas ficarão desestabilizadas... Ora, ainda que fosse possível a economistas, gestores públicos e *experts* em geral responder, com toda certeza, a essas perguntas,³⁷ não é essa a *quaestio juris* posta, a qual consiste em analisar a compatibilidade, *em tese*, entre as leis e o texto magno:³⁸ é constitucionalmente possível a liberação dos depósitos para uso pelo Estado?

37 Nesse ponto, é apropriado fazer uma ressalva quanto aos perigos em superestimar opiniões econômicas. Como adverte o economista e professor da Universidade Cambridge Ha-Joon CHANG (2014), a economia “é um argumento político” e, sendo assim, “é importante demais para ser deixada aos economistas profissionais”. Nessa toada, conclui: “Se não há uma resposta certa em economia, então não podemos deixá-las para os especialistas”. Esse receio também é compartilhado por economistas bem à direita do espectro político, como a libertária Deirdre McCLOSKEY (1990, 1994, 1998, 2002). Para mais desafios à expertise econômica, cf. KEEN (2011); SCHLEFER, (2012); EASTERLY (2013), RODRIK (2015). Sobre os problemas que o conhecimento técnico em geral impõe à democracia, cf. FISCHER (2009); HABERMAS (2015); DARGENT, (2015); WOOD (2015).

38 Conforme inúmeras vezes reconhecido pelo STF: “[...] processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, que se define como típico processo de caráter objetivo destinado a viabilizar o julgamento, em tese, não de uma situação concreta, mas da validade jurídico-constitucional, a ser apreciada em abstrato, de determinado ato normativo editado pelo Poder Público. [...]” (ADI 2321 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2000, DJ 10-06-2005 PP-00004 EMENT VOL-02195-1 PP-00046 RTJ VOL-00195-03 PP-00812); “[...] O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º). [...]” (ADI 2551 MC-QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2003, DJ 20-04-2006 PP-00005 EMENT VOL-02229-01 PP-00025). No mesmo sentido: ADI 2422 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012,

Um apego excessivo a razões ditas “de fato”, no que toca à capacidade financeira das unidades federadas, além de incompatível com o controle *abstrato* de constitucionalidade, geralmente redundando em argumentos consequencialistas (*argumentum ad consequentiam*), dirigidos por subjetivismos econômico-probabilísticos. Infelizmente, um dos juízes que provavelmente decidirá sobre as leis em questão parece se mostrar partidário à aplicação desse raciocínio. Em coluna que fez circular no jornal eletrônico *Consultor Jurídico – CONJUR*, o ministro Gilmar MENDES (2015) expôs suas impressões sobre a audiência pública que havia convocado para o dia 21 de setembro de 2015, nos autos da ADI nº 5.072 (contra a lei do RJ). Supostamente ancorado na doutrina de Peter Häberle e de outros constitucionalistas alemães, ele diz que as audiências públicas perante uma corte constitucional servem para esclarecer aos julgadores a propósito de questões de alta complexidade.³⁹ Sua conclusão é de que as audiências não podem se manter presas a análises jurídicas, sob pena de resultarem em nada mais do que outra oportunidade para sustentações orais. Muito embora, em princípio, seja verdade o que afirma o ministro, permanece uma dificuldade prática: a possibilidade de desvirtuamento do *debate jurídico*, o qual deve se orientar a partir de uma *análise jurídica da constitucionalidade das leis em abstrato*.

Como já destacado, as teses apresentadas pela PGR, AMB e OAB revelam uma alta carga subjetivista e ideológica, estimulando um certo decisionismo voluntarista por parte dos *justices* brasileiros. As petições iniciais estão a exigir dos ministros um comportamento ativista e incompatível com suas funções institucionais, colocando-os na posição de atores políticos *stricto sensu*, que reescrevem as leis

ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014; ADI 1434 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 29/08/1996, DJ 22-11-1996 PP-45684 EMENT VOL-01851-01 PP-00141; ADI 1254 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/1996, DJ 19-09-1997 PP-45530 EMENT VOL-01883-01 PP-00112.

39 Por óbvio, o instituto da audiência pública busca ampliar o debate constitucional, inserindo novas perspectivas, provenientes de outras áreas. No caso do uso de depósitos, por exemplo, são imprescindíveis alguns esclarecimentos técnico-científicos, e de ordem econômico-financeira. Mas estes não passam disso: esclarecimentos auxiliares.

do país, diante de um suposto desacordo de parcela inidentificável da sociedade. Há, noutros termos, evidente risco de *politização do poder judiciário* mediante a *judicialização de questões político-econômicas*, de alta complexidade e com elevado grau de divergência.

O caso, todavia, reclama o oposto: a *deferência* (self-restraint) *judicial* às escolhas majoritárias do poder legislativo, devendo os magistrados assumir uma *postura mais contida*,⁴⁰ recusando-se a interferir no jogo político de definição das leis financeiras do país, jogo esse que já se encontra encerrado e com resultados bem definidos. Como, certa vez, ponderou o ministro Luiz Fux, com suporte na doutrina de Cass SUNSTEIN (1999), “[...] uma questão extremamente complexa, porquanto novíssima, o que também impõe o denominado ‘minimalismo judicial’ da doutrina norteamericana [...]”; e, mais a frente, reforçou: “[...] a lei traz inovações que são severamente complexas e que, volto a repetir, impõem a nós, Magistrados, uma postura minimalista.”⁴¹

40 De acordo com Cass SUNSTEIN (2015), em recente estudo, os juízes de uma suprema corte podem ser agrupados em, pelo menos, quatro grandes categorias, de acordo com seu comportamento diante da interpretação constitucional – o que ele denominará de “*personae* constitucionais”: ativistas seriam “heróis”, legalistas seriam “soldados”, juízes mais cautelosos seriam “minimalistas” – que é o modelo que ele prefere –, e os que tendem a “fugir” dos *hard cases*, limitando-se a reproduzir entendimentos pretéritos, poderiam ser classificados como “mudos”. De todos esses perfis, o mais preocupante em uma democracia constitucional certamente é o primeiro, como constantemente criticado pela dogmática nacional e estrangeira. Mas nem é preciso retomar todas as objeções à “supremacia judicial” – ou, na famosa expressão de Ran HIRSCHL (2004), “juristocracia”. Tendo em mente que o caso em análise compreende um assunto que desperta intensas discordâncias político-morais, envolvendo complexas análises econômicas, não há lugar para uma postura de “herói”, que buscaria “salvar” as finanças públicas de decisões tomadas pelos parlamentos nacionais.

41 “A precisa descrição do professor Cass Sunstein, na sua obra *O Minimalismo Judicial na Suprema Corte*, publicada pela editora de Harvard, afirma que esse minimalismo amplia o espaço de posterior reflexão e debate porque é uma questão extremamente nova, o que nos permite um debate posterior, um debate mais meditado. Ele, então, assenta que: ‘(...) a trilha minimalista normalmente – nem sempre, mas normalmente – faz muito sentido quando o Tribunal está lidando com uma questão constitucional de alta complexidade, sobre a qual muitas pessoas possuem sentimentos profundos e sobre a qual a nação (...)’ não está ainda definida, com sói ser essa hipótese de uma mudança *ex abrupto* da mecânica eleitoral. ‘A complexidade’, afirma o Professor Cass Sunstein, ‘pode resultar da falta de informação, de mudança das circunstâncias’ – que é o caso –, ou a mesmo de uma ‘incerteza moral (juridicamente relevante). O

Não há dúvidas de que a atuação contramajoritária pode ser legitimamente exercida pelo STF, mas em hipóteses de ameaça a direitos, liberdades e garantias fundamentais. No caso específico dos depósitos judiciais e administrativos, a utilização pelo Estado não limita direitos básicos, conforme decidido nas ADI's 1.933/DF e 2.214/MS, como se verá no próximo tópico. Portanto, a única consequência a se considerar é de que os valores depositados serão devolvidos, haja vista a previsão legal de: (i) Fundos de Reserva mais exigentes que o depósito compulsório fixado pelo Banco Central do Brasil – BACEN; e (ii) prazo máximo para a entrega das quantias requisitadas, bem inferior ao previsto na Lei 1.952/99, do Mato Grosso do Sul, analisada na ADI 2.214/MS. Algumas leis preveem, inclusive, o bloqueio direto, pela *internet*, das contas do executivo, como ocorre em Minas Gerais (art. 6º, Lei 12.720/15). De um ponto de vista jurídico-constitucional, essas garantias deveriam ser mais do que suficientes.

Há, dessarte, uma tentativa clara de instigar magistrados a assumir uma postura nitidamente pragmatista, eivada de forte discricionariedade. Busca-se induzir o STF a avocar para si a função não só de dar a última palavra sobre a constitucionalidade das leis, mas também de dizer sobre questões ligadas ao ajuste fiscal, às contas públicas, ao equilíbrio orçamentário. Por conseguinte, substitui-se uma escolha (política) do legislativo por uma escolha (política) do judiciário. O papel institucional de uma suprema corte não abarca a tutela da sociedade em suas escolhas econômicas, fiscalizando as contas públicas e aferindo a capacidade financeira dos entes federados, a fim de determinar se modelos regulatórios são economicamente plausíveis. Como bem destacou, em recente julgado, o ministro Marco Aurélio: “O Supremo não é o Ministério

minimalismo faz sentido, em primeiro lugar, porque os tribunais podem resolver' os temas incorretamente nesse aqodamento e, em segundo lugar, porque podem criar sérios problemas mesmo que suas respostas sejam corretas. Os tribunais, portanto, tentam economizar no desacordo moral mediante a recusa em adotar os compromissos morais profundamente assumidos por outras pessoas quando desnecessários para decidir o caso.” (ADI 4543, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 10-10-2014 PUBLIC 13-10-2014)

da Fazenda ou o Banco Central do Brasil. Não compete ao Tribunal fazer contas quando está em jogo o Direito, mais ainda quando se trata do direito constitucional.”⁴² Já é por demais árdua a tarefa atribuída aos juízes – hercúlea, nos dizeres de Ronald DWORKIN (2013) – de dizer o direito.⁴³ Em sede de controle concentrado,

42 “O pragmatismo jurídico leva a considerar as consequências práticas da decisão judicial, lançando o magistrado em posição que não lhe é confortável. Ao reconhecer-lhe a condição de agente político no sentido estrito do termo, retira o juiz do hábitat natural e o põe na função de legislador, para que tome a decisão com fundamento na antecipação hipotética de resultados. Margarida Maria Lacombe Camargo afirma: ‘o juiz pragmatista está mais comprometido, assim, em atuar politicamente do que em extrair decisões dedutivamente das normas jurídicas. Ele é orientado empírica e politicamente a partir de dados apresentados por outras ciências, notadamente a economia’ (in ‘Fundamentos teóricos do pragmatismo jurídico’, *Revista de Direito do Estado* n° 06, 2007, p. 208). Exceção feita ao Ministro Barata Ribeiro, médico na origem, que integrou o Supremo por curtos onze meses, os juízes possuem formação estritamente jurídica. A eles não é dado fazer prognósticos econômicos ou sociais para que sirvam de fundamento decisório. Não incumbe ao Poder Judiciário analisar a conveniência dessa ou daquela norma, mas apenas assentar se determinada pretensão é ou não compatível com o ordenamento jurídico. No mais, “a parte que tem a lei ao seu lado espera que lhe seja atribuído pelo tribunal o que por direito lhe cabe”, conforme pontua Karl Larenz (*Metodologia da ciência do direito*, 1997, p. 516). A prevalência das consequências sobre o direito legislado resulta na inversão da lógica jurídica. Esclareço não preconizar, com isso, ignorar-se no processo a quadra vivida. Não perco de vista o horizonte social quando busco a solução dos problemas jurídicos com que me defronto. Aliás, qualquer interpretação jurídica parte da consideração de elementos fáticos, ainda que seja uma interpretação em abstrato, pois, mesmo em casos tais, o magistrado não deixa de formular a hipótese e alcançar conclusões com base na realidade conhecida. O que não posso aceitar é que, presente a obrigação jurídica sob todos os cânones interpretativos – extraída da literalidade, historicidade, sistematicidade e teleologia da Constituição –, simplesmente se deixe de reconhecê-la ante razões de índole pragmática.” (AR 2199, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 26-06-2015 PUBLIC 29-06-2015). Pelo mesmo viés, não incumbe ao STF fazer as vezes de ministério ou secretaria de fazenda, de banco central ou de qualquer outra instituição técnica, ou mesmo substituir os órgãos representativos, pronunciando-se sobre os eventuais efeitos macroeconômicos das leis sobre depósito. Seu papel institucional não inclui a fiscalização das contas públicas e da capacidade financeira dos entes federados. Uma corte constitucional não é tutora do equilíbrio financeiro do Estado.

43 Não estamos a afirmar que o caso não demande esclarecimentos técnicos. Mas ao mesmo tempo, não se pode desvirtuar o debate jurídico (que circunda a constitucionalidade das leis no campo abstrato) e relegar ao segundo plano o direito. Há que se ter um cuidado especial no sentido de não permitir que o julgador seja influenciado por argumentos alarmistas e pelo consequencialismo político-ideológico, o

não cabe um julgamento pautado por fatos, previsões, estatísticas, prognósticos, segundo uma lógica econômico-contábil. Compete a uma corte constitucional examinar a compatibilidade *objetiva e abstracta* entre as normas atacadas e a lei maior, sob uma perspectiva jurídica. Afinal, a *judicial review* deve ser jurídica, e não política. Do contrário, corre-se o risco de resvalar para um pragmatismo decisionista e voluntarista, que é contrário às ideias de Estado democrático de direito e de separação de poderes.

4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Em 26 de outubro de 2006, quando o STF se reunia, pela primeira vez, para deliberar sobre a ADI nº 2.855 (contra lei do MT), foi suscitada a questão da natureza jurídica de atos que versam sobre depósitos judiciais: se direito financeiro e orçamentário ou direito civil e processual. O relator Marco Aurélio havia acolhido a manifestação do ex-Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro pela inconstitucionalidade da lei sob exame, mas a petição do MPF não havia feito qualquer menção ao modo como a matéria deveria ser enquadrada juridicamente, limitando-se a outros argumentos contrários à lei. Foi o ministro Ricardo Lewandowski que, logo na sequência, chamou atenção para a questão, ao considerar que a matéria dizia respeito a processo civil. Com isso, deu-se início a um debate entre os ministros:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Senhora Presidente, tenho dúvidas se a matéria é processual ou de finanças públicas.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – A minha dúvida é essa também.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Que foi objeto daquele outra discussão na matéria do depósito da União.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Pouco importa se isso provenha de um processo ou não, o certo é que o Estado é depositário de recursos alheios. Dispor sobre isso, parece-me ser matéria

que retiraria, por completo, a autonomia do direito, atribuindo à decisão judicial uma clara orientação política (*policy-oriented*). Para a clássica diferenciação entre decisões pautadas por princípios e por “diretrizes políticas” (*policies*), cf. DWORKIN, 2013.

de finanças públicas e não de processo. No processo, o que importa é que a quantia seja devolvida com a remuneração, essa, sim, prescrita em norma de caráter monetário da União. [...]

O que aconteceu em seguida foi que, com o pedido de vista de Eros Grau, o julgamento teve de ser interrompido, só vindo a ser retomado em 12/05/2010, quando Sepúlveda Pertence já não mais ocupava um assento na corte.⁴⁴ Antes disso, porém, quando da análise da ADI nº 3.458 (que impugnava lei de GO), em 21/02/2008, o STF voltaria a enfrentar a polêmica. Nesta data, dos onze ministros que compunham a corte, apenas nove estavam presentes.⁴⁵ O julgamento começou com o voto de Eros Grau, que, na condição de relator, afirmou ser a matéria de direito financeiro-orçamentário (art. 24, I e II):

A matéria – Sistema de Conta Única de Depósitos Judiciais – não pode ser concebida como atinente a tema de direito processual civil, qual sustenta o requerente da inicial da ação direta. Há precedentes: ADI n. 1.933, Relator o Ministro NELSO JOBIM, DJ de 31.05.02 e ADI/MC n. 2.214, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 19.04.02. Está inserida no âmbito do direito financeiro, respeita aos orçamentos. Daí que possível contrariedade ao disposto na Constituição dar-se-ia no tocante ao seu artigo 24, I e II. A competência para legislar é, nessas hipótese, concorrente. À União cabe estabelecer diretrizes gerais [artigo 24, § 1º]; aos Estados-membros e ao Distrito Federal, exercer a competência suplementar [artigo 24, § 2º]. Há, aí, como anota com acuidade o Ministro Celso de Mello, situação de condomínio legislativo entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal. [...] Se as matérias atinentes aos orçamentos e ao direito financeiro são de competência da União, os Estados-membros e o Distrito Federal podem exercer, quanto a elas, sua competência concorrente nas seguintes condições: [i] *inexistente* legislação federal, ela será plena; [ii] *existente lei federal* que trace normas gerais sobre o assunto, ela estará limitada, será suplementar. A análise da constitucionalidade da lei estadual supõe seu exame a partir do disposto nos §§ 1º e 2º do

44 Ao tempo do julgamento final da ação, nem mesmo seu sucessor, Menezes Direito, estava presente. Falecido em 2009, Menezes Direito foi sucedido por Dias Toffoli no mesmo ano.

45 A presidente Ellen Gracie, o relator Eros Grau e os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, ausentes Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

artigo 24 da Constituição do Brasil. A competência detida pelo Estado-membro para dispor sobre norma geral é preservada em sua plenitude até que a União legisle nos termos do disposto § 3º. Existindo norma geral disposta por lei federal, anterior ou posterior, a competência do Estado-membro será retraída.

Votaram, seguidamente, Menezes Direito, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, todos acompanhando o relator.⁴⁶ Ayres Britto divergiu, aderindo ao parecer apresentado nos autos pelo jurista J. J. Calmon de Passos, no que foi seguido por Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. E a votação se encerrou com a presidente Ellen Gracie acolhendo a integralidade do voto do relator. O resultado do julgamento foi pela procedência da ação, mas não pelo argumento divergente de que a lei teria natureza processual. A unanimidade dos ministros entendeu que a lei era inconstitucional tanto formal (violação ao art. 61, § 1º) quanto materialmente (violação ao art. 2º), deixando em aberto a questão da natureza jurídica.⁴⁷

46 Note-se que houve mudança de entendimento por parte do ministro Ricardo Lewandowski, que antes (no primeiro julgamento da ADI nº 2.855/MT) havia se convencido de que as leis sobre depósito disciplinavam matéria processual civil. Depois, passou a concordar com a explicação de Eros Grau de que o tema envolve, na realidade, finanças e orçamento.

47 Confira-se a ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 15.010, DO ESTADO DE GOIÁS, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2004. DECRETO ESTADUAL Nº 6.042, DE 3 DE DEZEMBRO DE 2004. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 01/04 – GSF/GPTJ, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2004. SISTEMA DE CONTA ÚNICA DE DEPÓSITOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS. PROJETO DE LEI DEFLAGRADO PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 61, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. MATÉRIA QUE DEMANDARIA INICIATIVA DO PODER JUDICIÁRIO. TESOUREO ESTADUAL DEFINIDO COMO ADMINISTRADOR DA CONTA DE DEPÓSITOS JUDICIAIS. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 2º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES. 1. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida no tocante ao Decreto Estadual nº 6.042 e à Instrução Normativa nº 01/04, ambos do Estado de Goiás. Não cabimento de ação direta para impugnar atos regulamentares. Precedentes. 2. A iniciativa legislativa, no que respeita à criação de conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais, cabe ao Poder Judiciário. A deflagração do processo legislativo pelo Chefe do Poder Executivo consubstancia afronta ao texto da Constituição do Brasil [artigo 61, § 1º]. 3. Cumpre ao Poder Judiciário

Dois anos mais tarde (em 14/04/2010), os ministros se reuniriam para tratar da ADI nº 1.933 (contra lei da União). Nesta oportunidade, o relator também foi Eros Grau, que votou pela improcedência da ação, sendo acompanhado por Lewandowski e Barbosa. Após pedido de vista, Ayres Britto voltou a consignar que, no seu entender, a matéria teria envergadura jurídico-processual. Mas, curiosamente, nos debates que se seguiram, consta o seguinte registro:

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): – Senhor Presidente, devo pelo menos registrar que revi o entendimento que eu adotei em meu voto, nesse caso, quando do julgamento da ADI 3.458 – fui relator, na sessão do dia 21 de fevereiro de 2008. Naquela ocasião, afirmei que a iniciativa legislativa, no que respeita à criação de conta única de depósitos judiciais e extra-oficiais, era do Poder Judiciário. Eu seria incoerente se não registrasse essa circunstância.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE): – É matéria tipicamente financeira. Tanto é que nunca legislamos, veja, no plano federal, sobre depósito.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO: – Perfeito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE): – Não há nenhuma iniciativa.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): – A matéria é tipicamente financeira do Poder Judiciário.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE): – Não, não. Por exemplo, digo que não temos notícia na experiência legislativa. Toda legislação que trata de depósito é de iniciativa do Poder Executivo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: – Do Executivo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE): – Todos esses casos que temos sobre créditos fiscais e depósitos, não há nenhuma... O que se dá eventualmente ao Judiciário é a possibilidade

a administração e os rendimentos referentes à conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais. Atribuir ao Poder Executivo essas funções viola o disposto no artigo 2º da Constituição do Brasil, que afirma a interdependência – independência e harmonia – entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. 4. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 15.010, do Estado de Goiás. O Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para dar efetividade à decisão 60 [sessenta] dias após a publicação do acórdão. (ADI 3458, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2008, DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-02 PP-00350 RTJ VOL-00205-02 PP-00665 LEXSTF v. 30, n. 354, 2008, p. 87-109)”

de gerir esses depósitos, claro, quanto à liberação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: – Na autonomia financeira.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO: – Perfeito.

No dia 12 de maio de 2010, foram julgadas conjuntamente as ADI's n^{os} 2.909 (atacando lei do RS) e 3.125 (atacando lei do AM), ambas sob a relatoria de Ayres Britto. Estavam presentes apenas oito juízes,⁴⁸ que decidiram, por maioria, acolher o voto do relator, pela inconstitucionalidade *formal* das leis, aos seguintes fundamentos sucessivos: em primeiro lugar, violação ao art. 96, II (iniciativas do judiciário); em segundo lugar, violação ao art. 22, I (competência da União em processo civil).⁴⁹ Ficaram vencidos, em parte, Grau e Mendes, mas não há informações suficientes nos arestos sobre o desentendimento, tampouco sobre o que cada um dos julgadores pensava acerca do segundo argumento acolhido por Britto (de que as leis sobre depósito seriam de processo civil). Logo, é incorreto

48 O presidente Cezar Peluso, o relator Ayres Britto e os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, ausentes Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Dias Toffoli.

49 Três foram os fundamentos da inicial aviada pelo Conselho Federal da OAB, nos termos dos relatórios de Britto: “[...] o autor sustenta que a lei sob censura é formalmente inconstitucional. Primeiro, porque o inciso II do art. 96 da Carta Magna de 1988 não autoriza o Poder Judiciário a instituir ‘Sistema de Gerenciamento dos Depósitos Judiciais pelo Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul’. Segundo, porque usurpa a competência da União para legislar sobre direito processual civil. E terceiro, porque o diploma legal impugnado macula o inciso I do art. 163 e o inciso II do §^o do art. 165 da mesma Carta, já que à lei complementar cabe dispor sobre finanças públicas e gestão financeira.” (ADI n^o 2.909/RS); “[...] sustenta, inicialmente, que o diploma legal censurado invade a competência privativa da União para legislar sobre ‘direito civil’ e ‘direito processual’. Acrescenta que não há previsão constitucional que habilite o Poder Judiciário a deflagrar o processo de elaboração da lei que disponha sobre sistema financeiro. O autor não para por aí. Sustenta que ‘finanças públicas’ e ‘gestão financeira’ são temas que se devem tratar exclusivamente por lei complementar federal.” (ADI n^o 3.125/AM). É verdade que ele acolhia tanto o argumento de que a iniciativa legislativa não pertenceria ao judiciário (art. 96, II), quanto de que a competência legislativa seria exclusiva da União (art. 22, I), mas é preciso perceber que o fundamento principal das decisões, que aparece primeiramente nas duas ementas, é o seguinte: “[m]atéria que não se encontra entre aquelas reservadas à iniciativa legislativa do Poder Judiciário.”

pensar que esse ponto tenha constituído elemento vinculante, dotado de *auctoritas*,⁵⁰ para o tribunal (*stare decisis horizontal*).⁵¹

Essa observação fica evidente ao se analisar o julgamento final da ADI nº 2.855/MT, que se deu no mesmo dia. Como dito anteriormente, a discussão naqueles autos havia sido interrompida pelo pedido de vista de Eros Grau. Em 12 de maio de 2010, ele retornaria com um voto que insistia na ideia de que leis sobre depósito veiculam matéria financeira-orçamentária:

Reafirmo o entendimento que então manifestei. O texto normativo estadual não trata de tema de direito processual civil, como sustenta o requerente na inicial da ação direta. Assim concluiu esta Corte quando do julgamento das medidas cautelares nas ADI n. 1.933-MC, Relator o Ministro NELSON JOBIN, DJ de 31.05.02, e ADI n. 2.214-MC, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 19.04.02. O Ministro CARLOS BRITTO, quando do julgamento dessa mesma ADI n. 3.458, sustentou que o sistema de conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais consubstancia matéria atinente a direito processual, cuja competência legislativa seria privativa da União. É certo que o juiz incumbe, no exercício da atividade jurisdicional, administrar tudo quanto em Juízo é depositado. O Poder Judiciário é o depositário desses valores. A relação travada entre o jurisdicionado-depositante e o juízo-depositário está inserida, nesse sentido, no âmbito de relação jurídico-processual. Quanto ao depósito de valores

50 Para um aprofundamento na teoria dos precedentes judiciais, *cf.* BUSTAMANTE, 2012.

51 Nos dois acórdãos, Britto simplesmente afirma que a corte possuiria orientação de que as leis tratariam de direito processual civil, fazendo referência à ADI nº 3.458/GO. Mas, como visto, esse argumento não integrou a *ratio decidendi* do precedente citado, podendo, no máximo, ser tido como *obiter dictum* (discurso não autoritativo). A bem da verdade, não é claro o entendimento de cada um dos magistrados que participaram daquela sessão, tanto que, em julgamento posterior, relativo à ADI nº 2.855/MT, o ministro Eros Grau iria se utilizar do mesmo precedente, para reforçar o voto do ministro Dias Toffoli, contrário ao de Marco Aurélio e Lewandowski, e também ao de Britto: “O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: [...] Então, com relação à questão de fundo, peço vênha ao eminente Ministro Marco Aurélio e ao Ministro Ricardo Lewandowski para acompanhar o eminente Ministro Eros Grau no voto divergente, com esses argumentos que colho do próprio voto do Ministro Sepúlveda Pertence. A minha indignação fica para a questão do vício de iniciativa, e o voto de Vossa Excelência, Ministro Eros Grau, ao dissentir, justificou com fundamento no artigo 96, inciso II. O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: Exato. E faço referência a um julgamento pelo Tribunal na ADI n. 3.458.”

em dinheiro, como observou o Ministro LEWANDOWSKI, o artigo 1.219 do CPC estabelece que o depósito será efetuado em nome da parte ou do interessado, em conta especial movimentada por ordem do juiz. O Poder Judiciário, depositário desses valores, a seguir atua como seu depositante, no sistema bancário, para garantir a segurança do depósito e possibilitar a remuneração devida, definida em norma federal, até o momento da restituição a quem de direito. O depositário não é, no âmbito processual, o banco, mas o Poder Judiciário. O banco é depositário dos valores que lhe são confiados pelo Poder Judiciário em outra relação, administrativo-financeira, destacada da atividade jurisdicional. O modo sob o qual o Poder Judiciário administra esses valores é expressivo de atividade exercida no âmbito da sua autonomia administrativa financeira, dele, Poder Judiciário [CB, artigo 99, *caput*]. [...] A gestão, pelo Poder Judiciário, dos valores de que se cuida em função dos depósitos judiciais é matéria contida no âmbito do direito financeiro. Assim, possível contrariedade ao disposto na Constituição dar-se-ia exclusivamente no tocante ao seu artigo 24, I e II. Mas a competência para legislar é, nessas hipóteses, concorrente. À União cabe estabelecer diretrizes gerais [artigo 24, § 1º]; aos Estados-membros e ao Distrito Federal, exercer a competência suplementar [artigo 24, § 2º]. Há, aí, afirmou o Ministro CELSO DE MELLO, situação de condomínio legislativo entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal. [...] Se as matérias atinentes aos orçamentos e ao direito financeiro de competência da União, os Estados-membros e o Distrito Federal podem exercer, quanto a elas, competência concorrente nas seguintes condições: [i] inexistente legislação federal, ela será plena; [ii] existente lei federal que trace normas gerais sobre o assunto, ela estará limitada, será suplementar. A análise da constitucionalidade da lei estadual supõe o seu cotejo com o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 24 da Constituição do Brasil. A competência detida pelo Estado-membro, para dispor sobre norma geral, é preservada em sua plenitude até que a União legisle nos termos do disposto § 3º. Existindo norma geral estabelecida em lei federal, anterior ou posterior, a competência do Estado-membro será retraída.

Marco Aurélio se pronunciou na sequência, reiterando seu antigo voto, porém sem nada dizer sobre a questão destacada por Grau. Ato contínuo, Dias Toffoli, que hoje ocupa vaga que já fora de Sepúlveda Pertence, colocou-se ao lado de Grau, reproduzindo alguns dos trechos do voto proferido por Pertence na primeira oportunidade em que a corte deliberou sobre a ação, no qual se afirmava que o assunto era finanças públicas, e não processo. Veio, então, a ministra Cármen Lúcia, que, sem tocar nessa questão,

optou por acompanhar o relator. Também lembrando a discussão anterior e destacando os pronunciamentos de Sepúlveda Pertence, o ministro Gilmar Mendes se posicionou favoravelmente a Eros Grau e contrariamente a Marco Aurélio,⁵² fazendo questão de frisar a necessidade de uma postura *minimalista* por parte dos ministros, que deveriam se ater ao vício de iniciativa (art. 96, II), deixando para outra oportunidade o tema de fundo.⁵³ O último voto foi de Cezar Peluso, que discordou, por entender que a lei sob exame teria caráter de legislação processual.

O resultado do julgamento refletiu a recomendação de Mendes: a lei mato-grossense foi declarada formalmente inconstitucional, por incorrer em vício de iniciativa, na medida em que havia sido proposta pelo poder judiciário (afrenta ao art. 96, II). De tal sorte que não há jurisprudência consolidada a ser seguida em relação à natureza jurídica de leis que disciplinam o uso de depósitos judiciais, vale dizer, inexistente estabilidade suficiente de padrão decisório quanto a essa questão pontual. Como bem resumiu o ministro Marco Aurélio: “Realmente, precisamos apreciar, em primeiro lugar, o vício formal. E, assentado, fica prejudicado o exame de conteúdo. O que se terá nos votos será a opinião de cada qual.”

Se a questão da classificação das leis ainda está pendente de pacificação pelo tribunal constitucional, o mesmo não pode ser dito em relação a outras alegações trazidas pela PGR, AMB e/ou OAB

52 Ou seja, Mendes, assim como Lewandowski, também mudou seu entendimento, passando a acompanhar Eros Grau.

53 “Por isso vou fazendo reservas; acho que esse é um tema que vamos continuar a discutir, mas, diante dessa possibilidade de termos aqui um compartilhamento de iniciativas, tendo em vista as imbricações e a solução racional que se vislumbra neste caso, vou pedir vênias, embora entenda as ressalvas trazidas pelo Ministro Marco Aurélio, para aderir à divergência esboçada a partir do voto do Ministro Eros Grau e, então, me manifestar nesse sentido. Tenho muito medo, tal como aqui manifestou o Ministro Sepúlveda Pertence, de que, se enveredarmos para o caminho do fundamento de índole material – a Ministra Cármen Lúcia também apontou um pouco essa preocupação –, nós inviabilizemos soluções que estão sendo concebidas dentro de uma complexa engenharia institucional com o fim de dar uma destinação adequada a esses recursos. Portanto, se o Tribunal avança para declarar a inconstitucionalidade, que seja pelo menos com o fundamento do vício formal apenas, quer dizer, que seja apenas com o vício de iniciativa.”

nas novas ADI's propostas. Com exceção das arguições de ofensa aos arts. 100, *caput*, (pagamento de precatórios), 168 (recursos de dotação orçamentária) e 192 (sistema financeiro nacional), que são completamente descabidas,⁵⁴ os demais argumentos foram todos devidamente enfrentadas pelo STF.

Ao julgar pedido de concessão da cautelar formulado na ADI nº 1.933/DF, todos concordaram que o uso dos depósitos não configuraria empréstimo compulsório.⁵⁵ Já no julgamento de outra medida cautelar, pleiteada na ADI nº 2.214/MS, o Pleno, outra vez à unanimidade, rechaçou as alegações de instituição de empréstimo compulsório e de realização de confisco.⁵⁶ Prosseguindo no exame do

54 O art. 168 é apenas citado nas iniciais, sem qualquer desenvolvido das razões que explicariam sua violação. No caso do art. 100, tenta-se apegar à expressão “à conta dos créditos respectivos”, como se o constituinte tivesse tido a intenção – mais obscura possível, diga-se de passagem – de proibir, nas confusas entrelinhas dessas cinco palavras, o uso de quaisquer outros recursos para pagamento de precatórios, que não os dos próprios entes. Fosse isso verdade, na hipótese de um “bom samaritano” manifestar o desejo de auxiliar o Estado, pagando parcela dos precatórios vencidos, haveria de se concluir pela impossibilidade de tal ato, por violação direta à letra da Constituição. Certamente, não foi isso o que pretendeu o poder originário. Quanto ao art. 192, não faz o menor sentido trazer a sistemática da regulação do sistema financeiro à baila, pois não é disso que cuidam as leis. E se havia alguma base para esse tipo de argumento, há de se reconhecer que caiu totalmente por terra com a entrada em vigor da LC 151/15, que autorizou os estados a fazerem uso de até 70% dos depósitos, patamar muito superior ao estabelecido pelo BACEN.

55 Veja-se trecho do voto de Nelson Jobim (então relator): “Alega, ainda, que esse depósito caracteriza empréstimo compulsório desprovido das normas e forma constitucionais para sua instituição. O argumento não procede: ‘Não existe a obrigação, o dever, a imposição de realizar o depósito judicial ou extrajudicial com o fito de suspender a exigibilidade de crédito tributário. O depósito, nestes casos, é uma faculdade do contribuinte ... a ser exercido, ou não, dependendo de sua vontade’ (fls. 69). Recordo que, quando da edição da Lei das Execuções Fiscais, pretendeu-se fixar a obrigatoriedade do depósito prévio. Esse ‘... dispositivo recebeu ‘interpretação corretiva’ justamente para afastar o caráter obrigatório do depósito e para entendê-lo facultativo’ (fls. 70). Por último, a hipótese de empréstimo compulsório exige a incidência de fato gerador em abstrato. No presente caso, não há fato gerador que determine a incidência dos depósitos judicial ou extrajudicial (fls. 70/71).” E completou Ilmar Galvão: “A lei não altera, de maneira alguma, a relação entre o credor e o depositário da quantia, a não ser, como acentuou S. Exa., melhorando as condições de remuneração do depósito.”

56 Do voto-condutor, lavrado pelo ministro relator Maurício Corrêa, colhe-se o seguinte: “O mesmo se diga no que concerne ao empréstimo compulsório (CF, artigo 148, I e II), como afirmado naquele julgamento pelo Ministro Jobim, uma vez que ‘não existe

mérito da ADI 1.933/DF, foi negada procedência à ação, novamente, por unanimidade de votos e, dessa vez, acompanhando o parecer do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União de então.⁵⁷

a obrigação, o dever, a imposição de realizar o depósito judicial ou extrajudicial com o fito de suspender a exigibilidade de crédito tributário. O depósito, nesses casos, é uma faculdade do contribuinte ... a ser exercida, ou não dependendo de sua vontade' (fl. 69 do citado voto). [...] Não se tratando de imposição tributária, mas de simples regras que disciplinam os depósitos de valores referentes a tributos estaduais, cuja legitimidade se discute na esfera administrativa ou judicial, e sua transferência para o Tesouro do Estado, nenhuma razão assiste ao requerente quando sugere violação ao dispositivo constitucional suscitado. O certo é que o direito de propriedade permanecerá incólume, seja qual for o destino que esta Corte der à questão quando do julgamento do mérito, uma vez que o bem do depositante não lhe é retirado. É que sendo o dinheiro coisa fungível, feito o depósito, nasce para o depositante o direito ao crédito correspondente, que terá eficácia caso saia vencedor na demanda transitada em julgado. O repasse do valor aos cofres do Estado nada tem a ver com empréstimo compulsório, porque o depositante é livre para efetuar-lo. Nem assiste razão ao requerente quando atribui índole confiscatória à norma impugnada, pois o mesmo valor corrigido monetariamente lhe será restituído se vencedor na ação."

- 57 Ao proferir seu voto, o ministro relator Eros Grau relembrou tanto as observações feitas por Jobim e Galvão, quanto as razões para negativa da medida cautelar requerida na ADI nº 2.214/MS: "Os argumentos esgrimidos pelo requerente foram rejeitados quando do julgamento da medida cautelar. O Ministro NELSON JOBIM, então prolator do voto condutor, afirmou que não há, no caso, ofensa ao princípio da harmonia entre os poderes. Essa violação somente existiria se 'a lei '... suprime ou afetasse alguma competência ou prerrogativa ínsita ao magistrado como integrante do Poder Judiciário'', o que não ocorreu, visto que a recepção e a administração dos depósitos judiciais não são atos da atividade jurisdicional'. Observou inexistir, no caso, violação da isonomia e empréstimo compulsório, vez que o contribuinte não está obrigado a depositar em juízo o valor do débito em discussão, sendo certo que 'somente o contribuinte pode depositar porque ... somete este tem interesse na suspensão da exigibilidade do crédito tributário.' [...] Não se verificou ofensa ao devido processo legal. A previsão de que o levantamento dos depósitos judiciais se dê após o trânsito em julgado da decisão que definir o cabimento da exação não inova no ordenamento. Esta Corte reafirmou esse entendimento, em 2002, no julgamento da ADI n. 2.214/MC, também ajuizada pelo Conselho Federal da OAB [...]" Em seu voto-vista, Ayres Britto aderiu às razões trazidas pelo novo relator, salientando: "Dessa forma, a transferência dos recursos depositados em Juízo para a conta única do Tesouro Nacional em nada afeta a autonomia do Poder Judiciário, até porque esses valores não integram os recursos orçamentários de administração exclusiva desse Poder (art. 168 da CF). Enquanto não houver ordem judicial para levantamento (e a lei não opõe nenhum óbice à emissão dessa ordem), os valores terão a aplicação determinada da lei. 7. De mais a mais, não enxergo mácula ao princípio da isonomia. Isso porque o contribuinte procede espontaneamente ao depósito judicial do tributo, almejando a suspensão da exigibilidade do crédito da Fazenda Pública. [...] À derradeira, mais uma

Uma questão que merece atenção concerne a um questionamento formulado por Cármen Lúcia durante o julgamento da ADI nº 1.933/DF.⁵⁸ A certa altura, a ministra faz a seguinte pergunta: “Na verdade, a preocupação era, em tese, isto: se todo mundo resolver no outro dia receber, o Estado pode bancar?” O que ela parece ter em mente é uma situação excepcionalíssima, de falência do sistema econômico, e que recebe o nome de “corrida aos bancos” (também chamada “corrida aos depósitos”). No entanto, essa situação não se aplica aos depósitos judiciais e extrajudiciais. É absolutamente desarrazoado pensar que os depositantes possam vir a ficar sem devolução, pois inexistente a possibilidade de uma “corrida aos depósitos judiciais e extrajudiciais”. Esse “efeito manada”, embora raro, pode até acometer os depósitos comuns, mas, em se tratando de depósitos judiciais e extrajudiciais, é praticamente impossível que todos os depositantes venham a requisitar, a um só tempo, os valores que consignaram, dado que os juízes e autoridades administrativas não são capazes de resolver, de uma só vez, o enorme universo de ações e procedimentos em tramitação.⁵⁹

5. EM QUE AS NOVAS LEIS INOVAM?

Para entender o que foi alterado, é preciso verificar qual era a sistemática anterior de gestão de depósitos entregues à vigia do Estado.

Muito bem. Antes do advento das novas leis sobre depósito, toda vez que as partes de um determinado processo judicial ou

vez louvando-me no precedente desta nossa Corte na ADI 2.214-MC, tenho como observados os incisos I e II do art. 148 da Constituição Federal. É que ‘o depósito judicial, sendo uma faculdade do contribuinte a ser exercida ou não, dependendo de sua vontade, não tem característica de empréstimo compulsório.’ Daí não ser exigível sua regulação por lei complementar.”

58 Segundo Fernando Facury SCAFF (2015), a pergunta da ministra teria se transformado em *obiter dictum* da corte. Entretanto, apenas ela e o ministro Gilmar Mendes se posicionaram efetivamente nesse sentido, não se podendo dizer que haja sequer uma opinião majoritária.

59 É preciso ter em mente que depósitos judiciais permanecem indisponíveis para as partes – em regra, até o trânsito em julgado –, só podendo ser liberados mediante alvará judicial.

administrativo se viam na contingência de exercer a *faculdade* de realizar um depósito em numerário – *e.g.*, para os fins de suspender a exigibilidade de créditos tributários ou de resguardar o resultado útil de um feito qualquer –, acabavam fazendo uma *opção* por privarem-se da disponibilidade imediata de seus recursos.⁶⁰ Depósitos judiciais e administrativos, nesse compasso, nunca se distinguiram dos demais depósitos à vista de correntistas.⁶¹ Ou seja, as instituições financeiras contratadas pelos órgãos dos poderes judiciários, com vistas ao acautelamento dos depósitos, deles sempre se serviram, para a concessão de empréstimos e para a realização de outras operações bancárias de igual jaez.⁶²

Assim fica fácil perceber quem foi realmente atingido pela mudança. Sob uma ótica auto interessada, não há a menor dúvida de quem realmente saiu “perdendo” no novo regime: os bancos, que sempre utilizaram os recursos depositados, com fins de alavancagem, sem que qualquer reparo fosse feito, quer pela doutrina processualista, quer pela crítica juspublicista.⁶³ O fato de a sistemática anterior dos

60 A partir do momento em que o depósito era realizado em conta corrente vinculada a uma determinada instituição financeira contratada pelo poder público, o dinheiro depositado se tornava indisponível ao depositante. E assim, passava a integrar o universo de recursos postos à disposição das instituições financeiras, que sempre se utilizaram dessas verbas em suas operações comerciais. A forma de contratação das instituições bancárias pelos órgãos judiciários não é objeto de análise deste artigo. É certo, porém, que, não raro, as licitações foram dispensadas ou reputadas inexigíveis. Não se conhece um padrão para a definição da remuneração dessas contas, tampouco se conhecem os critérios utilizados para definir a remuneração do Estado, a qual é devida em função da eleição de uma determinada e específica instituição financeira (em caráter de exclusividade) para o acautelamento dos depósitos.

61 A nenhum deles, judiciais ou não, jamais foi aplicada qualquer espécie de restrição, seja naquilo que concerne à taxa de manutenção de depósitos compulsórios, junto à autoridade monetária nacional, seja naquilo que toca à possibilidade de alavancagem de empréstimos, a serem concedidos pelas instituições financeiras.

62 Dessa maneira, depósitos judiciais e extrajudiciais constituíam, para essas instituições financeiras, uma vultosa fonte de renda, uma vez que o *spread* bancário oriundo da diferença entre a remuneração das contas de depósitos e dos valores de juros de que se remuneram os próprios bancos com os empréstimos que concedem é apropriado pelas próprias instituições financeiras.

63 Exemplos de juristas que só agora decidiram se manifestar sobre a sistemática da gestão dos depósitos, posicionando-se contrariamente às leis, são Regis Fernandes de OLIVEIRA (2015b), Fernando Facury SCAFF (2015a; 2015b) e Igor Mauler

depósitos favorecer as instituições financeiras, ao invés de serem revertidos para o bem da coletividade, já deveria ser suficiente para desestimular qualquer tipo de intervenção por parte dos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade.⁶⁴ Mas nem mesmo o quadro crítico por que passam, hodiernamente, os entes federados, a colocar em xeque a prestação de serviços essenciais à garantia de direitos humanos fundamentais das populações locais (nas áreas de saúde, educação, segurança, previdência, *etc.*),⁶⁵ foi capaz de afastar esse tipo de ingerência na política financeira estadual.⁶⁶

Como pudemos constatar, aqueles que dizem ser inconstitucional o uso de depósitos judiciais e extrajudiciais por

SANTIAGO (2015). O artigo veiculado pelo primeiro, no jornal *Valor Econômico*, é claramente político, e não jurídico, uma vez que deixa de enfrentar a questão constitucional, limitando-se a lançar dúvidas sobre a sustentabilidade do novo regime. O segundo, embora dê maior atenção à *quaestio juris* – inclusive, rejeitando que as leis possam estar a instituir empréstimos compulsórios –, prefere ignorar o jogo de interesses que move a discussão. O terceiro opta por proceder a uma investigação dos precedentes do STF, extraindo conclusões equivocadas, para, ao fim, incorrer no mesmo erro de apenas especular sobre a solvabilidade ou não do modelo.

64 Não se pode perder de vista que a ADI é medida excepcional, que deve ser manejada com extremo cuidado e em casos de flagrante ofensa ao texto magno (*v.g.*, quando há violação direta a direitos e garantias fundamentais), haja vista resultar em restrição à manifestação da vontade popular, que se dá pelo processo democrático.

65 Por oportuno, vale registrar que o terceiro volume da *Direito Público: Revista da Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais*, lançado no ano de 2000, abordou justamente as dificuldades financeiras vividas pelos estados, tomando – nos dizeres da Profa. Misabel Abreu Machado DERZI (2000a), então Procuradora-Geral do Estado de Minas Gerais – “[...] como unidade temática Os Direitos Humanos Fundamentais, neles incluídos, como não poderia deixar de ser, os direitos sociais, talvez o mais belo e importante tema jurídico, a própria raiz do Direito.” Merece destaque especial seu artigo (DERZI, 2000b), que trata da inesgotabilidade e irreversibilidade dos direitos historicamente conquistados.

66 Como avalia Werston Brasil, diretor do Sindicato dos Auditores Fiscais da Receita Estadual de Minas Gerais (Sindifisco-MG), “[s]em a possibilidade de se endividar, o Estado só consegue fazer investimentos por meio de recursos próprios. Como, nesse momento, esses recursos são escassos, a questão da governança fica muito mais difícil”. E completa: “[o] governo só não atrasou salários porque fez uso de cerca de R\$ 2 bilhões vindos de depósitos judiciais. Além disso, a conjuntura macroeconômica do país e do mundo é desfavorável. Não dá para tratar Minas como um caso à parte” (MARIANO, 2015). Igualmente, afirmou o jornal *Folha de S. Paulo* (PATU, 2016) que a situação dos estados brasileiros só não é pior por conta dos depósitos judiciais e/ou extrajudiciais.

entes políticos geralmente o fazem explorando um cenário fático e hipotético, segundo o qual os depositantes ver-se-iam, no futuro, privados do acesso aos recursos que consignaram, em função de seu completo esgotamento, como decorrência de um ilusório “estado de insolvência” do Estado. O raciocínio corresponde ao caso esdrúxulo do avarento que amealha suas economias sob o colchão, como reação ao medo de que os bancos entrem em colapso. Deixando de lado o manifesto equívoco de achar que o Estado corre os mesmos riscos de solvabilidade dos bancos – o que, como já anotado, não faz o menor sentido –, é importante ressaltar a existência de previsões legais *expressas* de garantias mais robustas do que as do sistema bancário, tais como:

- a) a constituição de fundos de reserva, cuja finalidade é justamente prover segurança na realização dos pagamentos, à medida que forem sendo requisitados (tendo em vista que isso não ocorre de uma só vez), garantia essa fixada em patamar mais exigente que o depósito compulsório do Banco Central;
- b) adicionalmente, a previsão de prazo máximo para que os poderes executivos entreguem as quantias requisitadas, em caso de insuficiência dos fundos, e após expedição de ordem pelos tribunais.⁶⁷

O ponto é que essas leis apenas *disciplinam o modo de utilização das disponibilidades de caixa decorrentes dos depósitos*. Os valores não são apropriados pelas administrações públicas, senão contabilmente, como simples ingressos *provisórios* – e, deve-se frisar, de caráter *não-compulsório*. Por meio delas, são alterados

67 Essa garantia de devolução é tão robusta que se aproxima da ideia de “dívida soberana”. Em alguns casos, como Minas Gerais, há, inclusive, previsão de que “[e]m caso de descumprimento do prazo previsto no *caput*, o TJMG bloqueará a quantia necessária à restituição ou ao pagamento do depósito judicial diretamente nas contas mantidas pelo Poder Executivo em instituições financeiras, inclusive mediante a utilização de sistema informatizado.” Existe, ainda, a previsão de suspensão automática das transferências, quando o saldo do fundo for inferior ao legalmente estipulado (§ 3º do art. 4º): “[a] transferência de que trata esta Lei será suspensa sempre que o saldo do fundo de reserva for inferior ao percentual indicado nos incisos I e II do § 1º deste artigo ou no caso de descumprimento do disposto no art. 2º.”

procedimentos contábeis internos ao estado (relativos aos seus órgãos e entidades), permitindo assim o redirecionamento de recursos ao Tesouros estadual. Com isso, os poderes executivos valer-se-ão do vultoso fluxo de caixa e das capacidades de alavancagem financeira, sem que haja, no entanto, qualquer transferência de titularidade jurídica dos recursos (não passam a integrar a receita definitiva), os quais permanecerão à disposição das partes, enquanto possibilidade garantida de fruição futura.

Nesse ponto específico, há que se observar que inexistem qualquer inovação por parte das leis objurgadas. Todo depósito realizado à vista sempre esteve sujeito a apropriação contábil pela instituição financeira depositária, que desse recurso se vale, a fim de conceder empréstimos.⁶⁸ Sejam de que tipo forem, jamais estão inteiramente disponíveis a todos os correntistas, em um dado momento. Daí, não há que se cogitar se o Estado tem ou não condições de reaver *de imediato* todas as quantias depositadas em juízo ou administrativamente, da mesma forma que tal questionamento não é levantado em relação aos bancos. Ora, nenhuma instituição financeira é capaz de devolver *de imediato* todo o valor depositado.

Mas nem sequer é preciso ir tão longe, pois os depósitos judiciais e extrajudiciais apresentam características próprias, que tornam praticamente impossível a ocorrência da situação descrita acima. No fim das contas, se o ato de entregar em depósito ao Estado leva (e sempre levou) à imobilização temporária do recurso, com perda provisória de liquidez, não há como falar em qualquer interesse quanto à regulamentação desses valores que se projete extramuros, para fora do próprio Estado e em direção ao particular. Este só se importa em receber ao final, o que é plenamente assegurado pelo sistema jurídico vigente, com o reforço adicional das

68 É a partir da reinserção dos valores depositados em circulação econômica, sob a forma de empréstimos, e observada uma determinada taxa de reserva, que o sistema financeiro compensa a propensão dos agentes econômicos a manter moeda em espécie (drenagem). As instituições financeiras promovem apenas encaixes fracionários dos depósitos realizados, reinserindo em circulação parte do numerário que lhes é confiado. Essa capacidade de alavancagem (*leverage*) é conhecida, em termos macroeconômicos, como multiplicador bancário.

garantias previstas nas novas leis.⁶⁹ Sendo o dinheiro coisa fungível, uma vez realizado o depósito, nasce para o depositante um direito de crédito que só se tornará eficaz quando (e se) sair vencedor na demanda (em regra, após o trânsito em julgado).⁷⁰

Portanto, a real mudança promovida pelas leis diz respeito única e exclusivamente à relação Estado-banco.⁷¹ Com o novo regramento, a renda decorrente da alavancagem dos recursos depositados, consistente nos juros do *spread* bancário, até então apropriada pelas instituições financeiras, deixará evidentemente de existir.⁷² Ocorre que sua própria existência já era, em termos

69 No modelo anterior, os depositantes eram obrigados, pela dinâmica que lhes impunha o Estado-juiz, a se sujeitarem à solvabilidade dos bancos que custodiam os depósitos, só sendo possível responsabilizar o poder público em último caso, conforme se depreende da Súmula nº 179 do Superior Tribunal de Justiça: “O estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos.” Já pela novel sistemática legal, o que se tem é a desoneração dos depositantes do risco de solvência das instituições financeiras, colocando-se o Estado (ente tributante) no lugar de garantidor primário.

70 Na perspicaz observação do ministro Maurício Corrêa (ADI nº 2.214/MS): “[...] sendo o dinheiro coisa fungível, feito o depósito, nasce para o depositante o direito ao crédito correspondente, que terá eficácia caso saia vencedor na demanda transitada em julgado [...]”

71 Veja-se que a questão é muito mais complexa do que tem sido divulgado, pois cuida de mais de um tipo de relações jurídicas. Tecnicamente, a constitucionalidade merece ser analisada não sob o prisma da relação processual instaurada entre as partes e o Estado-juiz, mas pela relação administrativa que liga o Estado aos depósitos. As leis não regulamentam qualquer relação processual entre as partes de um determinado processo judicial ou administrativo, ou entre estas e o Estado-juiz (= direito processual civil). Trata-se, na verdade, de disciplinar o uso de um fluxo de caixa estatal constituído de bens fungíveis (= direito financeiro e orçamentário), a partir da transferência interna entre os poderes do Estado (= direito administrativo). Portanto, não é o caso de se falar em qualquer interferência no direito de crédito que o eventual vencedor de uma contenda detenha contra o Estado. As normas sob análise afastam a instituição financeira da gestão dos depósitos, reafirmando sua condição de mero auxiliar circunstancial do Estado-juiz, nos exatos termos do art. 139 do velho CPC/art. 149 do novo CPC. Isso significa que não há ingerência indevida na função jurisdicional do Estado, mas tão-só a reorganização de sua estrutura administrativa financeiro-orçamentária.

72 Note-se a divergência de Eros Grau quanto ao voto de Ayres Britto nas ADI's nºs 2.909/RS e 3.125/AM: “Presidente, quero fazer uma pequena observação apenas para, pedindo vênha para divergir, deixar registrado que acompanho o voto que proferi na ADI 2.855, observando que não se trata de depósito de bem privado, mas, sim, de

axiológicos, completamente irregular: sendo os depósitos judiciais e extrajudiciais somas entregues à guarda do Estado, é natural que eventuais efeitos secundários derivados da disponibilidade de caixa revertam em prol da sociedade, e não dos interesses privados dos bancos.⁷³ Observe-se o seguinte debate travado durante o julgamento da ADI nº 2.855/MT:

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU – Antes, isso ficava com os bancos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Essa é a preocupação que tentei externar porque, na regra geral, aquilo que se revela como a mais valia, aquilo que vai além daquele valor fica hoje para a rede bancária em geral.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Pode o Judiciário ser um sócio da rede bancária?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Excelência, o Judiciário não é um sócio da rede bancária, mas o depositante. E, aí, criando uma conta única, ele cria condições negociais de obter melhor remuneração.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Para conta única e para vantagem própria dele, Judiciário?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Então, Vossa Excelência está contestando, aliás já o contestou.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Já contestei. Eu tenho sustentado a impossibilidade de aporte de receitas

depósitos em conta única. Depósitos privados foram recebidos pelo Poder Judiciário que não deixa o numerário na gaveta do armário, mas leva para uma conta única. De modo que, nesse momento, deixa de ser um depósito privado, de terceiro, mas depósito do próprio Poder Judiciário. Razão pela qual eu insistia, em meu voto, que há mais-valia decorrente da cumulação de acessórios, que ficam com as instituições financeiras, os bancos.”

73 Mesmo não concordando com a liberação dos valores para uso público, a ministra Cármen Lúcia teve de reconhecer que (ADI nº 2.855/MT): “É um escândalo mesmo, que valores depositados por pessoas que precisam estar em juízo, fiquem lá, que seja o dinheiro mais barato para eles pagarem. E o que é pior: esta conta nos bancos, não precisam de atração do cliente, porque é depositado por força de uma contingência de um sistema financeiro. [...] Então, em que pese as observações do Ministro Eros Grau, concordo com o ponto de partida, este é um problema gravíssimo, porque há um dinheiro que o banco recebe sem nenhuma dificuldade, a pessoa não pode escolher ser ou não cliente dele, o dinheiro fica por um tempo que não depende deste cliente, porque é o jurisdicionado e o banco o utiliza para seu próprio enriquecimento.”

estranhas ao orçamento.

O SENHOR SEPÚLVEDA PERTENCE – Contestou todas as modalidades de fundos de aparelhamento do Judiciário existentes no País. Mas, nesse ponto, Vossa Excelência ficou vencido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não, sem dúvida. Penso que o Judiciário, que revela uma atividade precípua do Estado, deve contar com orçamento para funcionar, sob pena de começarmos a dar passos no sentido da sua privatização.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Que privatização, Excelência?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Sim, Excelência, numa promiscuidade, a meu ver, danosa, nefasta.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Sim, Ministro, mas as árvores do fórum não dão frutos monetários...

O MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Preocupa-me, também, a centralização e a burocratização, porque vamos tirar do juiz togado, concursado, a responsabilidade pela movimentação das contas nos casos concretos. São centenas ou milhares de órfãos, viúvas, de pessoas, enfim, que dependem de uma movimentação rápida do juízo local.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Mas aí depende de outra análise: se se trata de processo ou de finanças públicas.

O SENHOR MINISTRO PERTENCE – Penso que a experiência comum mostra que, nesse ponto, a lei dá maior segurança e maior racionalidade administrativa à questão dos depósitos judiciais.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Era o que estava a dizer. Dos três objetivos explícitos da lei, o que me impressiona afirmativamente é exatamente este: garantir maior segurança à administração dos depósitos judiciais. Há um objetivo que me suscitou dúvida, até mesmo uma impressão inicialmente negativa: propiciar o fortalecimento de recursos financeiros complementares ao orçamento do Poder Judiciário. Mas, aí, o Ministro Gilmar Mendes faz uma ponderação: para propiciar esse fortalecimento de recursos financeiros.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Não é à custa das partes.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Isso. É uma questão de administrar o *spread*. Vai para os bancos, totalmente, ou pode ir, também, para o Poder Judiciário? Parece-me que essa é a questão central.

[...]

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU – [...] Com relação a esse debate, desejo, desde logo, dizer que a lei corrige uma distorção. O que os bancos faziam era pagar juro de poupança e aplicar à taxa

SELIC. Então, melhor que isso fique com o Estado, que, pelo menos teoricamente, redistribui à sociedade.

[...]

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – [...] O que não quero é me comprometer com os outros argumentos que me parecem inviabilizar um sistema de racionalização administrativa e de evitar que o *spread* seja absolutamente apropriado pelo sistema bancário.

[...]

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU – [...] O aprimoramento do sistema de depósitos judiciais deve adequar-se à ordem constitucional, de forma que a sociedade seja beneficiária das diferenças porventura existentes entre as taxas praticadas nas operações ativas e as praticadas nas operações passivas, hoje apropriadas pelas instituições financeiras. [...] Não quero polemizar, mas a lei corrige uma distorção. Porque essa diferença, o *spread*, deixa de ficar com os bancos e retorna à sociedade.

Em suma, a *mens legis* de leis que liberam para uso público depósitos judiciais e extrajudiciais consiste exatamente em corrigir a absurda situação jurídica de favorecimento econômico das instituições financeiras, permitindo, ao contrário, a manutenção da saúde financeira do Estado, para satisfação das necessidades públicas que lhe são impostas pela coletividade e pela ordem jurídica (*e.g.*, pagamento de precatórios, amortização da dívida com a União, gastos previdenciários, com saúde, educação, segurança pública, infraestrutura, *etc.*).

6. A VERDADEIRA *QUAESTIO JURIS*, OU: O RETORNO DA PROBLEMÁTICA DAS “NORMAS GERAIS”

Se alguma questão constitucional há que ser enfrentada, esta se restringe à compatibilização da LC nº 151/15 com as leis estaduais, e não à limitação do poder dos órgãos legislativos de dispor sobre o uso desses depósitos em conformidade com o interesse público. Dessa feita, cabe analisar quais seriam as possíveis desavenças entre os dois regramentos. Em caso de conflito real, qual deverá, sob uma ótica *jurídico-constitucional*, prevalecer?

Uma primeira dissonância que poderia ser prontamente levantada se refere aos tipos de depósitos que podem ser utilizados pelos entes políticos. Partindo-se da equivocada premissa de que as

leis teriam natureza processual, alguns têm tentado argumentar que competiria somente à União legislar sobre a matéria (art. 22, I), de tal forma que os depósitos não previstos na LC nº 115/15 (*v.g.*, aqueles em que o ente público não é parte)⁷⁴ não poderiam ser aproveitados. A premissa, no entanto, não é verdadeira. As leis em espeque tratam de direito financeiro e orçamentário, cuja competência é do tipo concorrente (art. 24, I e II),⁷⁵ devendo a União se restringir a fixar “normas gerais”, *ex vi* do disposto no § 1º do artigo 24.⁷⁶

74 LC nº 151/15: “Art. 2º Os depósitos judiciais e administrativos em dinheiro referentes a processos judiciais ou administrativos, tributários ou não tributários, nos quais o Estado, o Distrito Federal ou os Municípios sejam parte, deverão ser efetuados em instituição financeira oficial federal, estadual ou distrital.”

75 Sejam de que âmbito forem, o que elas fazem é criar a possibilidade de os poderes públicos lançarem mão de parcela do dinheiro – bem fungível que é – referente a processos judiciais e/ou extrajudiciais, é dizer, sistematizam o uso de recursos depositados, transferindo-os, administrativamente, para as contas dos poderes executivos. Não há falar, pois, em qualquer alteração do regramento civil relativo à sistemática dos depósitos, seja pela União ou pelos estados, mas de mero estabelecimento de regras que disciplinam esses valores e seu repasse intramuros – do judiciário ao executivo. Obviamente, isso nada tem a ver com direito processual, e sim com direito administrativo, financeiro e orçamentário. Nem adianta invocar o art. 139 do CPC/73 para tentar afastar essa conclusão, pois esse dispositivo se refere à (segunda) relação jurídica, que se dá entre o Estado-juiz e o banco. Juridicamente falando, as partes (depositantes) entregam o dinheiro ao Estado (depositário). Essa relação só não “aparece” para as partes porque o depósito é realizado diretamente em conta corrente vinculada a uma determinada instituição financeira, que já foi contratada, em momento anterior, pelo poder público. Importa perceber a existência de uma primeira relação, entre o depositante e o Estado-juiz (na condição de *depositário*), e uma segunda, entre o Estado-juiz e o banco (na condição de auxiliar do juízo, nos termos do art. 139 do CPC/73). Nem a lei federal nem as estaduais interferem na relação “depositante-Estado”, porquanto o primeiro continua a entregar o numerário ao segundo, permanecendo o dinheiro sob a responsabilidade do juízo, conforme art. 1.219 do velho CPC/art. 1.058 do novo CPC.

76 Nas palavras de Regis Fernandes de OLIVEIRA (2015a, p. 108, 112): “As atribuições do Estado federal e dos Estados-membros são definidos na Constituição da República. [...] Podem ser concorrentes, ou seja, facultativas. Enquanto um órgão de exercício de poder não exercer, pode exercê-las o outro. Normalmente, a competência concorrente ocorre no âmbito da legislação (art. 24). Aí, compete à União, apenas e tão-somente, legislar sobre normas gerais (§ 1º). Expedidas as normas, remanesce a competência dos Estados em adaptá-las às suas especificidades (§§ 2º, 3º e 4º). É o caso do direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico, urbanístico, orçamentário etc. (incisos do art. 24). [...] A Constituição cuidou de estabelecer a competência comum entre os entes federados (art. 23), entendendo que, de acordo com a matéria, aquela expressamente fixada no art. 23 caberia a todos cuidar. Em relação à legislação,

Saliente-se que o fato de o art. 2º da LC nº 115/15 não fazer qualquer menção aos depósitos em que os entes federados não sejam parte (*i.e.*, depósitos realizados entre particulares) não é razão suficiente para afirmar que estariam fora do alcance normativo dos estados. Isso porque, fosse o caso de conflito entre as normas da União e as dos estados, o correto seria falar que as leis estaduais e municipais ficariam suspensas pela superveniência da lei da União (art. 24, § 4º). Mesmo assim, a incompatibilidade seria apenas aparente: não tendo o ente federal tratado dos depósitos entre particulares, haveria de se concluir pela possibilidade de regulação pelos entes estaduais e municipais, no exercício da competência legislativa plena (art. 24, § 3º). Sendo certo que a matéria é pertinente ao direito financeiro-orçamentária, inexistente primazia da lei federal sobre as demais, já que as ordens federal, estadual e municipal têm mesmo *status*, só se sujeitando à ordem global emanada da Constituição e das leis nacionais).⁷⁷

estabeleceu diversamente. Ao tratar da competência legislativa, dispôs sobre as atribuições apenas da União, Estados e Distrito Federal (art. 24). À União outorgou competência para legislar sobre normas gerais (ar. 24, § 1º). Estas significam princípios, ou seja, valores relevantes que devem vincular os demais entes federados.”

77 Como bem observa Regis Fernandes de OLIVEIRA (2015a, p. 223): “Há que se precisar, também, que não se pode falar em hierarquia entre as leis. Cada qual tem seu campo próprio de conteúdo e de incidência. A lei nacional, no caso em tela, somente pode dispor sobre normas gerais. Aquelas específicas de algum Estado serão por este editadas.” Misabel Abreu Machado DERZI (2010, p. 160-161) é ainda mais enfática: “Em um Estado dessa natureza, do tipo federal, a isonomia entre as ordens jurídicas parciais (central, estadual e municipal, no caso brasileiro) é corolário lógico e necessário da descentralização dinâmica. [...] Há sim a subordinação das três ordens parciais a uma ordem jurídica total, ou nacional, que corresponde à parcela de poder não partilhada entre as distintas esferas estatais, e da qual são expressão mais evidente as normas constitucionais e as normas gerais de Direito Tributário. [...] A isonomia dos entes políticos – em que se baseia a Federação – não é conciliável com a norma de competência derivada de outro ente político e dependente da edição de lei complementar federal. Por essa razão, dispõe o art. 24, § 3º, que, inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. O § 4º do mesmo artigo acrescenta que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual no que lhe for contrário.”

A única hipótese em que se pode falar em conflito real refere-se aos limites da normatização geral por parte da União.⁷⁸ E a resolução desse imbróglio requer o enfrentamento de um dos mais difíceis temas em sede constitucional, qual seja, a delimitação do conceito de “norma geral nacional”, tendo em vista a necessidade de não supressão das competências estaduais, como forma de preservar o modelo federal de Estado adotado pela Constituição.⁷⁹ Eis a pergunta que precisa ser respondida: qual a competência da União na edição de normas gerais em matéria financeira, voltadas aos demais entes da federação?

Uma situação serve para ilustrar. O art. 7º da LC 115/15 estabelece uma lista fechada (*numerus clausus*), com uma ordem

78 *Aí está a quaestio constitutionalis* relativa às leis sobre depósitos, na medida em que, dizer qual norma deve se sobrepor, tomando-se como referência o texto supremo, significa realizar, ainda que de modo implícito, o controle de constitucionalidade das leis. Entendendo-se pela competência da União federal, *i.e.*, que a matéria deve ser tratada por norma geral nacional, deve ser afastado o dispositivo da lei estadual ou municipal que disponha em sentido oposto, por ferir a lei maior. Pelo contrário, entendendo-se que as leis editadas pelas subunidades têm prevalência, em se tratando de matéria sujeita a normatização específica de cada uma delas, deverá ser reconhecida a inconstitucionalidade da LC nº 151/15 na parte conflitante.

79 Misabel Abreu Machado DERZI (2010, p. 158-159) nos conta que: “Muito já se escreveu sobre o tema. CARVALHO FILHO, citando DUGUIT, definira antes que as normas trazem em si a ideia de generalidade, ainda mais acentuada quando se lhes acrescenta o termo ‘gerais’, expressão utilizada no Texto Constitucional de 1946. Conclui que as normas gerais não objetivam uma ou algumas pessoas congêneres de direito público, mas obrigam a todas; não visam, particularmente, a determinados institutos ou situações jurídicas, excluindo outras da mesma espécie (ver Normas gerais de direito financeiro. In: Finanças em debate I, Rio de Janeiro: Financeira). Também RUBENS GOMES DE SOUSA, GERALDO ATALIBA, PAULO DE BARROS CARVALHO e SOUTO MAIOR BORGES trabalharam longamente o conceito de normas gerais, aplicando-o especialmente ao Direito Tributário. Preocuparam-se, antes de tudo, em fixar-lhes os limites, realçando-lhes o caráter excepcional como competência restritiva da União, a qual não pode sufocar, amesquinhar, reduzir ou anular o exercício do Poder Legislativo de Estados-membros e Municípios, enfim, a autonomia inerente às pessoas estatais, que compõem o Estado federal (ver GERALDO ATALIBA. O direito tributário e a autonomia dos Estados-membros e Municípios. In: Revista de Direito Público. São Paulo: RT, 20:56; SOUTO MAIOR BORGES. Lei complementar tributária. São Paulo: RT, 1975; PAULO DE BARROS CARVALHO. Curso de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 1985). O estudo das normas gerais envolve, assim, não só a questão de sua função e natureza, como a de seus limites. Por sua vez, esses temas só podem ser explicados à luz do federalismo, forma de Estado que lhes dá uma dimensão especial e uma diferença específica.”

de prioridades, no que tange ao uso dos depósitos, a começar pelo pagamento de precatórios pendentes.⁸⁰ Entretanto, diversas leis estaduais, como a Lei nº 21.720/15 do estado de Minas Gerais,⁸¹ passaram a autorizar, em conformidade com seus respectivos planejamentos financeiros, a utilização dos valores depositados para diversos outros fins, sem seguir qualquer ordenação prévia.⁸² Nessa hipótese, parece-nos mais do que evidente que a especificação de um “passo-a-passo” sobre como os depósitos deverão ser empregados, descendo-se a minúcias e pormenores, como faz o art. 7º da LC 115/15, jamais poderia se amoldar ao conceito jurídico de “norma geral de direito financeiro”, que deveria, pelo contrário, refletir a noção de diretrizes principiológicas nacionais.⁸³

No caso do art. 7º da LC nº 151/15, o que se tem é, sem sombra de dúvidas, uma *norma específica*⁸⁴, cuja natureza

80 Seguindo a regulamentação posta pela União, somente em caso de inexistirem precatórios pendentes é que o ente público poderá aplicar os recursos para outras finalidades: (1º) dívida pública fundada; (2º) despesas de capital; e (3º) recomposição de fluxos de pagamento e equilíbrio atuarial dos fundos próprios de previdência. É permitido, ainda, destinar 10% dos valores para fundos garantidores de Parcerias Público-Privadas (PPP's) ou outros mecanismos legais de garantia de investimentos de infraestrutura.

81 “Dispõe sobre a utilização de depósitos judiciais em dinheiro, tributários e não tributários, realizados em processos vinculados ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG –, para o custeio da previdência social, o pagamento de precatórios e assistência judiciária e a amortização da dívida com a União.”

82 Aliás, isso reforça o argumento de que estamos lidando com normas financeiro-orçamentárias, porquanto essas leis foram elaboradas conjuntamente pelos poderes estaduais de cada estado, em consonância com as finanças públicas locais e tendo em mira a satisfação das necessidades públicas de seus respectivos habitantes.

83 Textos clássicos que fixam essa acepção para a expressão “normas gerais” compreendem as monografias pioneiras de Rubens Gomes de SOUZA (1954) e Geraldo ATALIBA (1965). Até Celso Antônio Bandeira de MELLO (2011), que sustenta um certo alargamento do conceito, é bastante cauteloso ao fazê-lo, incluindo apenas patamares mínimos de defesa do interesse público, notadamente nas áreas de saúde, educação e meio ambiente. Mesmo assim, não nega que as normas gerais devam se restringir a traçar perfis normativos amplos, sem conferir tratamento regulatório includente de particularidades casuísticas, modelando apenas aquilo que for necessário à identificação do instituto em questão, sob pena de supressão do espaço de competências constitucionalmente reservado aos estados e municípios.

84 Se o art. 2º da LC nº 151/15 não tivesse se limitado a tratar dos estados, DF e

particularizante e individualizadora conduz à conclusão de que a União extrapolou sua competência constitucionalmente atribuída, ao tentar ditar como outro ente deverá gastar o dinheiro obtido com a transferência dos depósitos, em manifesta ingerência na autonomia de gastos.⁸⁵

7. CONCLUSÃO

O texto procurou enfrentar uma questão jurídica das mais controversas do momento: a possibilidade de entes federados se valerem de parcela do dinheiro (bem móvel) depositado em processos judiciais e administrativos, para fazer frente a despesas diversas. Conforme explicado alhures, não foram apresentados até agora, seja pelos proponentes de ações diretas de inconstitucionalidade, seja por juristas que chegaram a se manifestar, argumentos *jurídicos* capazes de infirmar a presunção de constitucionalidade que milita a favor das leis.

São teratológicas as alegações de que essas leis estariam a violar o princípio da tutela do direito de propriedade, instituindo

municípios, seria possível asseverar que o art. 7º conteria uma norma federal (voltada tão-somente à União, entendida como ordem parcial), e não uma norma nacional (que incidiria sobre as três entidades da federação). A tal constatação, chegou Diogo Figueiredo MOREIRA NETO (1988), em um dos estudos mais profundos sobre as limitações constitucionais ao poder legislativo federal, relativamente à competência concorrente, após revisar toda a literatura especializada, perpassando pelas doutrinas de Bülher, Maunz, Matz, Burdeau, Claudio Pacheco, Pontes de Miranda, Alcino Pinto Falcão, Carvalho Pinto, Geraldo Ataliba, Souto Mayor Borges, Paulo de Barros Carvalho, Marco Aurélio Greco, Adilson Dallari, José Afonso da Silva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, entre outros.

- 85 Nem é preciso lembrar que, segundo a concepção de federalismo fiscal cooperativo adotada pela Constituição da República, é imperioso que cada ente federativo respeite a autonomia financeiro-orçamentária dos demais, a qual abarca a autonomia de gastos, de planejamento, de gestão, de controle. Isso se justifica por diversas razões, principalmente porque as unidades menores têm melhor acesso a informações sobre as necessidades e preferências da população local e porque deixar a carga das subunidades a alocação de recursos é conferir maior autonomia política a grupos menores, fortalecendo a democracia. Daí, falece à União competência para definir como serão alocados os recursos de que dispõem os demais entes, sob pena de aniquilação da autonomia financeira, a qual é indispensável à manutenção da própria federação. Entender de modo diverso é não só contrariar o disposto no art. 24, *caput* e § 1º, como violar frontalmente o princípio federativo, o qual não poderia ser atingido nem mesmo por emenda constitucional, por configurar cláusula pétreia (art. 60, § 4º, I).

empréstimos compulsórios ou (possivelmente) realizando confisco.⁸⁶ Nos parece claro, ainda, que as leis não versam sobre direito processual civil, mas sobre direito financeiro-orçamentário, como muito bem salientaram os ex-ministros Eros Roberto Grau e Sepúlveda Pertence. Assim, inexistindo violação manifesta a direitos e garantias previstos na Constituição do Brasil, não há razão para o judiciário interferir no exercício legítimo do poder legiferante por parte dos representantes eleitos, não sendo dado ao Supremo Tribunal Federal sobrepor seu juízo político-moral ao do Congresso Nacional e das assembleias legislativas.

Ao fim e ao cabo, o que se constata é a recalcitrância daqueles que pretendem ver havidas por inconstitucionais leis democráticas que têm por finalidade disciplinar o uso de valores em prol da comunidade, corrigindo a absurda situação pretérita de favorecimento econômico dos bancos. De modo insistente, lançam infundadas suspeitas sobre a capacidade de gestão dos poderes públicos, priorizando os interesses das instituições financeiras de continuarem a se apropriar do *spread* bancário, auferindo lucros exorbitantes. Ao questionarem, de modo genérico, a situação financeira dos entes federativos, acabam por favorecer não os titulares dos depósitos, muito menos a população local, mas tão-somente aqueles que se beneficiam da desestabilização das instituições públicas. A pretexto de promover segurança e certeza, acabam gerando mais insegurança e mais incerteza, na medida em que difundem a desconfiança em relação aos entes estatais.

Seria de se imaginar que o fato de os bancos contarem com menos recursos para alavancarem suas próprias carteiras de empréstimos incomodaria (e muito) aqueles que sempre se beneficiaram do privilégio garantido pelo direito estatal de fazer uso comercial dessas vultuosas disponibilidades de caixa. Mas o que parece incomodar ainda mais aqueles que se pautam pelo

86 Como ironizou o ministro Eros Grau: “Com relação a este ponto, cumpre indagar: propriedade de quem? Dos depositantes? Ou das instituições financeiras, que deixarão de desfrutar das vantagens de que se beneficiam em decorrência das diferenças de taxas às quais linhas acima fiz referência? Não há ofensa ao direito de propriedade na hipótese.” (ADI nº 2.855/MT)

interesse privado é a constatação de que os recursos serão vertidos ao Estado-administrador, para serem revertidos para a coletividade. Essa circunstância, longe de ensejar o reconhecimento de qualquer inconstitucionalidade, recomenda a manutenção integral das leis, orientadas que são para uma utilização social, e não usurária. Leis novas podem incomodar, mas nem por isso devem ser invalidadas. Afinal, nem tudo o que incomoda é inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Normas gerais de direito financeiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 82, p. 39-60, 1965.

BATISTA Jr., Onofre Alves. O estado democrático de direito pós-providência brasileiro em busca da eficiência pública e de uma administração pública mais democrática. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 98, p. 119-158, 2008.

_____. *O outro Leviatã e a corrida ao fundo do poço: guerras fiscais e precarização do trabalho, a face perversa da globalização, a necessidade de uma ordem global mais justa*. São Paulo: Almedina, 2015.

BLYTH, Mark. *Austerity: the history of a dangerous idea*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BUSTAMANTE, Thomas. Sobre o argumento *ad absurdum* na interpretação do direito: seus usos e significado normativo. *Revista de Informação Legislativa*, a. 49, n. 196, out./dez. 2012.

_____. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

_____; DAHLMAN, Christian (eds.). *Argument types and fallacies in legal argumentation*. Berlim: Springer, 2015.

CARBONELL, Flavia. Reasoning by consequences: applying different argumentation structures to the analysis of consequentialist reasoning in judicial decisions. *In: DAHLMAN, Christian; FETERIS, Eveline (eds.). Legal argumentation theory: cross-disciplinary perspectives*. Berlim: Springer, 2013, p. 1-19.

CHANG, Ha-Joon. **Economics: the user's guide**. Londres: Pelican Book, 2014.

DARGENT, Eduardo. **Technocracy and democracy in Latin America: the experts running government**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Apresentação. **Direito Público: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Minas Gerais**, a. 2, n. 3, 2000a.

_____. **Modificações de jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar**. São Paulo: Noeses, 2009.

_____. Notas de atualização. *In*: BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao direito tributário**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. Os direitos humanos fundamentais e a autonomia dos estados federados: a contribuição compulsória ao PASEP e ao INSS para garantir serviços assistenciais e previdenciários aos servidores públicos estaduais. **Direito Público: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Minas Gerais**, a. 2, n. 3, p. 133-158, 2000b.

_____; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A análise econômica de Posner e a ideia de estado de direito em Luhmann: breves considerações críticas. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, N° Especial: Em Memória do Professor Washington Peluso Albino de Souza, p. 327-352, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Londres: Bloomsbury Academic, 2013.

EASTERLY, William. **The tyranny of experts: economics, dictators, and the forgotten rights of the poor**. Nova Iorque: Basic Books, 2013.

FISCHER, Frank. **Democracy and expertise: reorienting policy inquiry**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **The lure of technocracy**. Trad. por Ciaran Cronin. Cambridge: Polity Press, 2015.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge: Harvard University Press, 2004.

KAHNEMAN, Daniel. **Thinking fast and slow.** Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

KEEN, Steve. **Debunking economics: the naked emperor dethroned?** 2^a ed. Londres: Zed Books, 2011.

LOPREATO, Francisco Luiz Cazeiro. **O colapso das finanças estaduais e a crise da federação.** São Paulo: UNESP, 2002

LOWENSTEIN, Roger. **America's bank: the epic struggle to create the Federal Reserve.** Nova Iorque: Penguin Press, 2015.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system.** Trad. por Klaus A. Ziegert. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.

MacCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning.** Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. **Legal reasoning and legal theory.** Oxford: Oxford University Press, 1978.

MARIANO, Raul. Estado deve 195% da receita e encosta no teto legal. **Hoje em Dia**, 30 set. 2015. Disponível em: <<http://www.hojeemdia.com.br/noticias/economia-e-negocios/estado-deve-195-da-receita-e-encosta-no-teto-legal-1.349552>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

MARQUES, José; PITOMBO, João Pedro. Distrito Federal e outros 9 estados já preveem déficit em 2017. **Folha**, 28 maio 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/05/1775808-distrito-federal-e-outros-9-estados-ja-preveem-deficit-em-2017.shtml>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

McCLOSKEY, Deirdre N. **If you're so smart: the narrative of economic expertise.** Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

_____. **Knowledge and persuasion in economics.** Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

_____. **The rhetoric of economics.** 2^a ed. Madison: The University of Wisconsin Press, 1998.

_____. **The secret sins of economics**. Chincago: Prickly Paradigm Press, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro. **Interesse Público**, a. 13, n. 66, 2011.

MENDES, Gilmar. Audiência pública revela crise financeira dos estados. **CONJUR**, 3 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-03/observatorio-constitucional-audiencia-publica-revela-crise-financeira-estados>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, a. 25, n. 100, p. 127-162, 1988.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de; GONTIJO, Cláudio. **Dívida pública do estado de Minas Gerais 1994-2011: a renegociação necessária**. Belo Horizonte, 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2015a.

_____. Depósitos judiciais e a fome do estado. **Valor Econômico**, 25 ago. 2015b. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/4193826/depositos-judiciais-e-fome-do-estado>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

PATU, Gustavo. Queda na arrecadação no Brasil deixa Estados mais estrangulados. **Folha**, 28 maio 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/05/1775806-queda-na-arrecadacao-no-brasil-deixa-estados-mais-estrangulados.shtml>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

POSNER, Richard A. **Divergent paths: the academy and the judiciary**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

_____. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

_____. **Overcoming law**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

_____. **Reflections on judging**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

RODRIK, Dani. **Economics rules: the rights and wrongs of the dismal**

science. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 2015.

SANTIAGO, Igor Mauler. LC 151 e leis estaduais sobre depósitos em juízo violam a Constituição. **CONJUR**, 4 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-04/consultor-tributario-lc-151-leis-estaduais-depositos-juizo-violam-constituicao>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

SCAFF, Fernando Facury. Depósitos judiciais, litigância tributária e a “regra de ouro” financeira. **CONJUR**, 8 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-08/contas-vista-depositos-judiciais-litigancia-tributaria-regra-ouro-financeira>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

_____. Depósitos judiciais, litigância tributária e a “regra de ouro” financeira (parte 2). **CONJUR**, 6 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-06/contas-vista-depositos-judiciais-litigancia-tributaria-regra-ouro-financeira-parte>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

SCHLEFER, Jonathan. **The assumptions economists make**. Cambridge: The Belknap of Harvard University Press, 2012.

SILVERS, Damon A. Obligations without the power to fund them. *In*: Conti-BROWN, P.; SKEEL Jr., D.A. (eds.). **When states go broke: the origins, context, and solutions for the American states in fiscal crisis**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 40-56.

SORKIN, Andrew Ross. **Too big to fail: the inside story of how Wall Street and Washington fought to save the financial system – and themselves**. Nova Iorque: Viking, 2009.

SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite**. São Paulo: Leya, 2015.

SOUZA, Rubens Gomes de. Normas gerais do direito financeiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 37, p. 12-34, 1954.

SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional personae: heroes, soldiers, minimalists, and mutes**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

_____. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. *In*: DERZI, Misabel Abreu Machado (ed.). **Separação de poderes e efetividade do sistema tributário**. Belo Horizonte, Del Rey, 2010, p. 19-50.

WOOD, Patrick M. **Technocracy rising: the Trojan horse of global transformation**. Mesa: Coherent Publishing, 2015.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **The judicial application of law**. Trad. por Sadowe Stosowanie Prawa. Berlin: Springer, 1992.

Recebido em 31/03/2016.

Aprovado em 25/05/2016.