

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA:

A Saga da Atualização da Dívida Fazendária

Felipe Barreto Frias¹

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INSS. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ART. 1-F DA LEI 9.494/97 COM ALTERAÇÃO DA LEI 11.960/2009. CONTROVÉRSIA SOBRE SUA INCIDÊNCIA. APLICABILIDADE IMEDIATA A PARTIR DE 30.06.2009 SEM EFEITOS RETROATIVOS. AFASTAMENTO DA MODULAÇÃO FIRMADA NA ADI 4357 NA SESSÃO DE 26.03.2015. NECESSIDADE DE APRECIÇÃO DO TEMA NA REPERCUSSÃO GERAL (RE 870.947/SE). EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS. Embargos de Declaração Cível nº 1.381.696-1/01 fls. 2.

(TJPR – 7ª C. Cível - EDC - 1381696-1/01 - Curitiba - Rel.: Victor Martim Batschke - Unânime - J. 31.05.2016)

1 Procurador do Estado do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, LLM pela Universidade Humboldt de Berlim.

1. INTROITO

O acórdão que se passa a comentar não encerra, ele mesmo, nada de excepcional. Mas abre a oportunidade de analisar a saga por que passou o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação dada pelo art. 5º da Lei 11.960/2009 – e, de consequência, de descortinar um quadro sintomático da instabilidade jurídica típica do Brasil.

Sendo estes, portanto, os objetivos dos presentes comentários, o acórdão comentado aparecerá sempre que o contexto da norma concreta que ele encerra for analisado com alguma profundidade. Opta-se, porém, por se fazer esta análise sem recurso à doutrina, para não tornar o tema ainda mais árido do que já é.

Por uma questão de princípios, comecemos pelo início.

2. DE COMO TUDO COMEÇOU

O Brasil é um país indexado. A memória inflacionária por aqui é corrente. Uma manifestação específica dessa indexação é a tradição, já sedimentada, de que as dívidas judiciais devem ser corrigidas monetariamente, para que não vejam corroído seu valor real. Daí que se estabeleceu, também, a tradição de que a taxa de juros incidente sobre tais dívidas não é nominal, mas um *plus* em relação à correção monetária – que em conjunto formariam a taxa efetiva de juros.

Entre as muitas sagas de institutos jurídicos – e as há à farta, neste país de tantas surpresas jurídicas –, aquela do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, em sua redação atual, é das mais prenes de tortuosos caminhos, ciladas, idas, vindas. Eis sua redação:

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

O novel dispositivo regulou, como se vê, juros e correção monetária da dívida judicial fazendária (a redação anterior do art. 1º-F cuidava apenas de juros, os quais só se aplicavam a algumas espécies de dívidas fazendárias). Consistem tais dívidas naquelas imputadas judicialmente à Fazenda Pública, é dizer, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como às suas autarquias e fundações públicas. No caso da decisão do Tribunal de Justiça ora em comento, trata-se de condenação imposta ao INSS, que é uma autarquia federal.

Veja-se que corrigir monetariamente uma dívida judicial significa, para as hipóteses de dívidas preexistentes à decisão judicial (que são a maioria²), não apenas (i) zerar a defasagem que o valor terá dali em diante – até o pagamento, como diz o dispositivo –, mas também (ii) zerar a defasagem que o valor já tem quando de seu reconhecimento judicial. Também os juros são aplicados, no geral dos casos, tanto para o período anterior – pense-se em dívida decorrente de não pagamento de alguma verba remuneratória a servidor público, quando os juros serão aplicados desde a citação (art. 405 do Código Civil) –, como para o futuro (excluído, à evidência, o período de graça constitucional³). No aplicar o art. 1º-F em sua sentença, o juízo atua, portanto, retrospectiva e prospectivamente⁴.

2 São exemplos de dívidas constituídas na própria decisão judicial (não sendo, portanto, preexistentes) aquelas derivadas da sucumbência. Assim, os honorários são corrigidos a partir do arbitramento, e nesse momento ainda não correm juros, pois mora ainda não há.

3 Em resumo, período de que dispõe a Fazenda Pública para pagar precatórios e RPVs, durante o qual a Jurisprudência entende não incidirem juros, por não haver mora.

4 Observe-se, porém, que a atualização e os juros se aplicam ainda que silente o juízo a respeito de ambos ou um deles (juros ou correção).

Em geral, as dívidas fazendárias – pensando-as prospectivamente – virão a se consubstanciar em uma requisição: ou se tornarão precatório requisitório ou requisição de pequeno valor – RPV⁵. Essa transmutação não desnatura a dívida como sendo judicial fazendária, de modo que seguiria sendo regida pelo art. 1º-F, porque ainda não ocorreu o pagamento. Por uma peculiaridade que se verá mais adiante, porém, outro dispositivo normativo, a certa altura, passou a se intrometer nesse momento de transmutação.

O novel art. 1º-F não estabelece, ele mesmo, o índice de correção e a taxa de juros. Ele determina que, “para fins de atualização monetária”, haverá incidência do índice de remuneração básica da poupança; e, “para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora”, haverá incidência do índice de juros aplicado à poupança⁶. Portanto, o dispositivo se deixou complementar pelas normas que estabelecem os índices de remuneração básica, no caso da correção, e de remuneração adicional, no caso dos juros, da poupança. Complementa a norma em branco, para a correção monetária, o art. 7º da Lei 8.660/1993, que estabelece a Taxa Referencial – TR como portadora do índice de correção monetária⁷; e, para os juros, o art. 12, *caput* II da Lei 8.177/1991, para o qual esses eram, até o advento da Medida Provisória, de 0,5% ao mês e, após, de 0,5% ao mês ou 70% da meta da taxa SELIC ao ano, mensalizada, se esta for de 8,5% ao ano ou menos.

5 Há alguns poucos casos em que a dívida não se torna precatório ou RPV, como a dívida fazendária de origem tributária que é autorizada a ser creditada em conta gráfica.

6 O dispositivo não tem essa clareza toda, pois não isola os fatos jurídicos e suas respectivas consequências. No entanto, interpretações que tentaram unir juros e correção não foram aceitas pela Jurisprudência.

7 O art. 12, I da Lei 8.177/91 determinava a aplicação da Taxa Referencial Diária – TRD para se calcular a remuneração básica da poupança. Referida taxa, porém, foi extinta pelo art. 2º da Lei 8.660/1993, passando a TR a ser, *ex vi* do art. 7º da mesma lei, o índice de remuneração básica da poupança.

O advento do novel art. 1º-F foi só o estopim da saga. Sua primeira aventura é bem precoce: já em seu nascimento, impôs-se a questão de saber a que dívidas judiciais o dispositivo se aplicaria, do ponto de vista temporal.

3. DE QUANDO SE CONTROVERTEU SOBRE O MOMENTO DE APLICAÇÃO DO NOVO ART. 1º-F (DIREITO INTERTEMPORAL)

Imagine-se que certo juiz sentencie em dado processo, digamos, em 30 de junho de 2009 (dia em que a Lei 11.960/2009 entrou em vigor⁸), reconhecendo uma dívida fazendária surgida nos idos de 2007. Incidirá a TR para fins de correção monetária desta dívida, e a taxa de juros será de 0,5% ao ano?

Como era temido pela Fazenda, o Superior Tribunal de Justiça, repetindo sua (equivocada) Jurisprudência acerca da aplicação temporal do primitivo art. 1º-F⁹, entendeu, inicialmente – e por diversas vezes –, que o novel art. 1º-F só poderia ser aplicado a ações propostas a partir de 30 de junho de 2009¹⁰. Assim, a TR somente se aplicaria em condenações impostas em ações ajuizadas dessa data em diante; e do mesmo modo os juros da poupança, que à época eram calculados à taxa fixa de 0,5% ao mês. O fundamento é que o dispositivo – tanto em sua redação originária como na atual – veicula norma de direito material, não cabendo aplicação imediata, sob pena de afetar uma situação jurídica consolidada.

8 Porque foi esta a data da publicação da lei, e o art. 9º é claro no sentido de que a vigência principia na data da publicação da lei.

9 Cf., por exemplo, REsp 780.325/MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 641.

10 Cf., por exemplo, AgRg no REsp 1153084/MT, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 29/03/2010.

Essa solução – de levar em conta a data do ajuizamento da ação – nunca fez sentido. A solução adequada da situação hipotética acima descrita seria: retrospectivamente, para a dívida desde seu surgimento, aplicar-se-iam o índice normalmente utilizado pela Jurisprudência para as dívidas em geral (IPCA ou INPC) e a taxa de juros da legislação vigente até então (0,5% ao mês se se tratasse de verba remuneratória devida a servidor ou empregado público ou juros do Código Civil – 1% ao mês, ou SELIC, a depender do entendimento sobre o art. 406 – ou de alguma lei especial); prospectivamente – porque a partir de então vigia nova regra –, a dívida seria corrigida monetariamente pela TR e os juros seriam de 0,5% ao mês (à época não havia a taxa de juros de 70% da meta da SELIC mensalizada).

Afinal, o fato gerador da correção monetária e dos juros, ou seja, a mora, reitera-se mês a mês (ou dia a dia, se calculada a correção *pro rata die*), no que se configura como verdadeira *relação jurídica continuativa*. Assim, não haveria aplicação retroativa da lei no exemplo citado, porque para a relação jurídica no passado, quando não regida pelo novel art. 1º-F – que não pode de fato retroagir –, aplicar-se-iam o índice de correção e a taxa de juros da época. No tempo, portanto, conviverão índices distintos, o que não é problema algum. Trata-se, portanto, de aplicação imediata, e não retroativa.

Não se compreendia por que a propositura da ação teria algum relevo para a fixação de marco de aplicação temporal da nova legislação, suposto ostentar a norma natureza material (e não processual). De fato, a norma é, sim, de direito material, pois se projeta sobre uma dívida, como ancilar desta. A questão é que a tese de aplicação imediata não importa em retroatividade alguma, pois a correção monetária e os juros já consolidados ficam intocados.

E eis que a Corte Especial do mesmo Superior Tribunal de Justiça, em sessão de 18 de junho de 2011, por ocasião do julgamento dos Embargos

de Divergência no Recurso Especial nº 1.207.197/RS¹¹, modificando sua posição – e ajustando-a àquela do Supremo Tribunal Federal sobre o primitivo art. 1º-F (que viria também a ser adotado pela Corte Suprema para o novel art. 1º-FO¹²) –, admitiu a aplicação do art. 5º da Lei 11.960/2009 aos processos em curso. Depois, em 2 de fevereiro de 2012, no Recurso Especial nº 1205946/SP, pelo rito dos *recursos repetitivos*¹³, consolidou o STJ esta sua nova posição.

Escrita correta, via torta: a referida corte assentou sua conclusão no argumento de que o art. 5º da Lei 11.960/2009 seria norma processual (em radical oposição à tese antes esposada), de feita que se aplicaria o princípio do *tempus regit actum*. Não é essa a razão para a aplicação imediata. O ponto fulcral, que foi também percebido pelo STJ, é que se trata de relação jurídica que se protraí no tempo. Como ficou expresso no citado recurso repetitivo, o efeito imediato da lei “não fere ato jurídico perfeito, porque o ato negativo, a omissão no pagamento, repete-se a cada mês, além de

11 EREsp 1207197/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/05/2011, DJe 02/08/2011.

12 Cuida-se do AO 152 embargos à execução-ED-AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 30-11-2011 PUBLIC 01-12-2011. É de ver que o STF não se pronunciou sobre o tema na sua tarefa ordinária de analisar questão constitucional – já que se trata de legislação federal –; o acaso fez com que surgisse essa discussão em execução de ação originária. Quanto à redação do primitivo art. 1º-F, o STF se pronunciava em recursos nos quais os particulares questionavam sua constitucionalidade – dado ter sido criado por Medida Provisória – e a constitucionalidade de sua suposta retroação (na verdade, aplicação imediata, como reconheceu o STF) (cf., por exemplo, RE 559445 AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 26/05/2009, DJe-108 DIVULG 10-06-2009 PUBLIC 12-06-2009 EMENT VOL-02364-03 PP-00537). Note-se que a Jurisprudência do STJ sobre o primitivo art. 1º-F já estava em conflito com a Jurisprudência do STF.

13 REsp 1205946/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 02/02/2012.

que, em obrigação que se protraí por tempo indeterminado, não se cogita de aquisição de direito adquirido de pagar segundo regras anteriores à renovação da mora”. Aí está o cerne da questão – e não no fato (não verdadeiro) de a norma ostentar natureza processual.

De qualquer forma, pacificou-se a Jurisprudência – tão titubeante – do país acerca da aplicação do art. 5º da Lei 11.960/2009 no tempo. É nesse contexto que se compreende a decisão do Tribunal de Justiça ora em comento, especificamente nessa parte da ementa que se transcreve: “ART. 1-F DA LEI 9.494/97 COM ALTERAÇÃO DA LEI 11.960/2009. CONTROVÉRSIA SOBRE SUA INCIDÊNCIA. APLICABILIDADE IMEDIATA A PARTIR DE 30.06.2009 SEM EFEITOS RETROATIVOS”. Conforme consta do acórdão, “[...] assim, até o pronunciamento em definitivo sobre o mérito da RE 870.947/SE, deve ser aplicado o critério de correção monetária e juros de mora na forma prevista na Lei 11.960/2009, considerando que a referida norma possui aplicabilidade imediata. Necessário ressaltar que esta aplicabilidade não tem efeito retroativo, incidindo somente a partir de 30.06.2009”.

Uma questão se impõe para finalizar este capítulo: *quid iuris* quanto às decisões que haviam afastado (incorretamente, como depois se veio a estabelecer) a aplicação imediata do novel art. 1º-F para os processos em curso? Tendo elas transitado em julgado, ficou sedimentada a ultratividade das normas anteriores (de juros e correção) com relação ao novel art. 1º-F. Esta norma, nesse caso, não é superveniente à decisão, razão por que não se aplica o entendimento mais acima esposado, de que a superveniência do art. 5º da Lei 11.960/2009 atinge a dívida ainda que já haja trânsito em julgado¹⁴. Enfim, trata-se de situação excepcional de ultratividade

14 É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “O trânsito em julgado da sentença condenatória, afirmando ser de 12% ao ano a taxa de juros após a vigência do Código Civil de 2002, mas silente sobre a aplicação da Lei 11.960/2009, vigente ao tempo do trânsito em julgado, torna imutável o comando já proferido, em obediência

da lei anterior. Veja-se que sequer cabia ação rescisória de tais decisões, já que elas se fundaram em jurisprudência forte à época, o que atrai a incidência do enunciado de súmula nº 342 do Supremo Tribunal Federal, conforme o qual “[n]ão cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Mas porque o Direito no Brasil não sossega, surgiu uma exceção a essa situação ela mesma excepcional – parte da próxima aventura dessa saga.

4. DE QUANDO SURTIU UM REGIME DUAL DE CORREÇÃO DAS DÍVIDAS FAZENDÁRIAS

Em 10 de dezembro de 2009 (pouco mais de quatro meses após a vigência da Lei 11.960/2009), foi publicada a Emenda Constitucional 62/2009, que alterou a redação do art. 100 da Constituição Federal, acrescentando nele diversos parágrafos, e inseriu o art. 97 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. Interessa-nos aqui o art. 100, § 12 da Constituição:

Art. 100 [...] § 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitos, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

O art. 97, § 16 do ADCT possui redação quase idêntica, e vale para os precatórios regidos pelo regime especial previsto em tal artigo – como

à coisa julgada” (AgRg no REsp 1319140/RR, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 08/09/2014).

o são os do Estado do Paraná. Ambos os dispositivos – quase copiando a redação do novel art. 1º-F da Lei 9.494/97¹⁵ –, determinam a aplicação do índice oficial de remuneração básica da poupança (ou seja, a TR) para fins de atualização de dívidas encartadas em requisitórios (precatórios e RPVs) e os juros da poupança.

Vê-se que para precatórios e RPVs que já estavam formados em 10 de dezembro de 2009, a TR passou a se aplicar a partir desta data; para precatórios e RPVs que ainda viessem a ser expedidos, a TR se fez incidir a partir da data da expedição. Quanto aos juros de mora, como após a expedição de precatório e RPV eles não correm – conforme o Enunciado de Súmula Vinculante nº 17¹⁶ –, a regra constitucional valeria apenas para os precatórios que já estavam em atraso em 10 de dezembro de 2009 (não pagos no exercício subsequente àquele em que eles deveriam ter sido inscritos no orçamento) – e, acrescenta-se, às RPVs em atraso (não pagas nos 60 dias) –; a partir de tal data, os juros passavam a ser os da poupança. Para os precatórios e RPVs futuros, bem como para aqueles expedidos, mas ainda gozando da graça constitucional, os juros da poupança passavam a incidir a partir do fim de tal graça.

15 A redação é quase idêntica, mas muito mais clara, pois separa claramente a correção monetária (ali chamada de atualização), para a qual se aplica o índice de remuneração básica da poupança, dos juros, que têm a taxa de juros da poupança. É, porém, esta a *ratio* do atual art. 1º-F, como já se fez ver.

16 “Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.” Note-se que esse é o período de graça reconhecido em súmula vinculante, mas os juros não cessam apenas após a expedição do precatório (ou da RPV), e sim, conforme Jurisprudência do STF, uma vez homologado o valor da execução, o que, no regime de embargos à execução é representado pelo trânsito em julgado da sentença nele proferida, a teor do que vem decidindo o STJ (tal entendimento deve ser aplicado, *mutatis mutandis*, ao regime da impugnação nos termos do art. 535 do Código de Processo Civil de 2015).

É de se perguntar qual a relevância dos dispositivos constitucionais em questão, se o novel art. 1º-F da Lei 9.494/97 (na redação do art. 5º da Lei 11960/2009) já mandava que se aplicasse a TR para a correção das dívidas fazendárias e os juros de poupança, então de 0,5% ao mês. Afinal, como se viu, citada norma infraconstitucional se aplicava também (mas não somente) a precatórios e RPVs – que necessariamente encartam dívidas fazendárias.

A relevância estava, originalmente, em que a aplicação do índice de remuneração básica da poupança como índice de correção de dívidas fazendárias e o índice de remuneração adicional (taxa de juros) da poupança passavam a ter, no que se referia a precatórios e RPVs, estatura constitucional, detendo, portanto, maior rigidez. Assim, eventual supressão da norma infraconstitucional não atingiria as dívidas fazendárias quando encartadas em precatórios ou RPVs porque estas passavam a ser reguladas primariamente ou pelo art. 100, § 12 da Constituição, se o regime do ente público era o geral, ou pelo art. 97, § 16 do ADCT, se o regime do ente público era o especial. Mais adiante se verá, porém, que na prática foram os dispositivos constitucionais que se mostraram menos perenes que o infraconstitucional.

A relevância, em segundo lugar, estava em que as normas constitucionais deixavam clara sua eficácia temporal: dali em diante as dívidas fazendárias eram corrigidas pela TR independentemente de quando a ação que reconheceu tal dívida foi proposta. Isso era importante à época porque, como se viu, havia forte corrente jurisprudencial que afastava a aplicação imediata do *primitivo* art. 1º-F – Jurisprudência que claramente iria se repetir com o novel art. 1ºF, como de fato se repetiu, conforme já visto. Com as duas normas constitucionais – e mormente por ostentarem *status* constitucional –, não se poderia pretender facilmente afastar a aplicação imediata, de modo que ao menos se estabelecia o marco de 10 de dezembro de 2009 para os precatórios e RPVs já expedidos, ou a data da expedição para os precatórios e RPVs que ainda viriam a ser expedidos – a partir do que indubitavelmente a dívida seria corrigida pela TR. No caso

dos juros da poupança, esses incidiriam, a partir de 30 de junho de 2009, para todos os precatórios e RPVs com prazo de pagamento já vencidos (pois antes disso os juros não correm, dada a graça constitucional).

Precisamente neste ponto surge a exceção da situação excepcional tratada no capítulo anterior. A TR seria de se aplicar ainda que houvesse decisão posterior à Lei 11.960/2009 transitada em julgado afastando a aplicação da TR (por entender que a nova regra não alcançava processos em curso) no momento em que a dívida fazendária se tornasse precatório ou RPV (ou a partir de 10 de dezembro de 2015, se a transmutação tivesse ocorrido antes); e os juros moratórios pela poupança, a partir do fim do período de graça. E isso porque tal correção não se ancorava na norma cuja aplicação foi afastada pelo juiz, mas, sim, em uma das duas normas constitucionais supervenientes. Veja-se que não há nenhuma ofensa à coisa julgada nisso, pela mesma razão que não havia na aplicação do novel art. 1º-F da Lei 9.494/97 a dívidas reconhecidas em decisões transitadas em julgado antes de seu advento: como o fato negativo do não pagamento se renova constantemente, o índice de correção da dívida e a taxa de juros (após a graça constitucional) de determinado mês são aqueles da lei (o que inclui norma constitucional) vigente nesse mesmo mês.

Aliás, como a Emenda Constitucional 62/2009 se pretendeu valer para todos os precatórios e RPVs que estavam expedidos quando de sua publicação (quando usa a expressão “a partir da promulgação desta Emenda Constitucional”), sua incidência, nessas hipóteses, sempre pressupunha que havia coisa julgada anterior.

Seguindo. Com o advento da Emenda Constitucional 62/2009, o que se percebe é que surgiu um regime dual de correção monetária e de juros de dívidas judiciais fazendárias. Uma dívida fazendária podia ser, neste particular, regulada apenas pelo novel art. 1º-F da Lei 9.494/97 ou por este em conjunto com o art. 100, § 12 da Constituição Federal – ou, quando se tratasse de regime especial, pelo art. 97, § 16 do ADCT. Como o fundamento imediato para a aplicação da TR a dívidas fazendárias encartadas em precatório e RPV era agora um dos dois dispositivos

constitucionais, o novel art. 1º-F da Lei 9.494/97 passou a ser fundamento *autônomo e único* de aplicação da TR em duas situações:

- a) *Permanentemente*, o dispositivo regulava autonomamente a correção monetária e os juros de dívidas fazendárias enquanto não se tornassem precatório ou RPV¹⁷. O novel art. 1º-F passou a reger, enquanto norma permanente, com exclusividade e diretamente, apenas esse momento inicial por que passa toda dívida fazendária. Passou a haver redundância de regência quando a dívida já está encartada em precatório ou RPV: vem incidir, além do art. 1º-F, também o art. 100, § 12 da Constituição ou o art. 97, § 16 do ADCT, (i) quanto à correção monetária, a partir da expedição do precatório e da RPV; e, (ii) quanto aos juros moratórios, após o fim do período de graça (que pressupõe precatório e RPV expedidos). Essa ideia de redundância de regência terá importância mais à frente.
- b) Como *regra transitória*, o dispositivo regulou autonomamente a correção de dívidas encartadas em precatório ou RPV desde 30 de junho de 2009 até 9 de dezembro de 2009, pois durante esses pouco mais de quatro meses o art. 1º-F não era ainda redundante, eis que não vigia ainda a Emenda 62/2009.

As coisas pareciam então assentadas. Engano; havia mais por vir.

17 Abstraíam-se aqui as poucas hipóteses em que a dívida jamais se tornará em precatório ou RPV (como nas que podem ser creditadas em conta gráfica), que é uma segunda (mas rara) hipótese de aplicação permanente do atual art. 1º-F.

5. DE COMO A TR SE TORNOU UM ÍNDICE MORIBUNDO, MAS NÃO MORREU

Em 14 de março de 2013, o Supremo Tribunal Federal, julgando duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs 4357 e 4425¹⁸–, declarou inconstitucional todo o art. 97 do ADCT (e, portanto, o regime especial de pagamento de precatórios), bem como alguns dispositivos e expressões do art. 100 da Constituição Federal, com redação da Emenda 62/2009 ou por ela inseridos.

Interessa-nos aqui que se entendeu inconstitucional (i) a aplicação de índice da poupança para a correção monetária de dívidas encartadas em precatório e (ii) a incidência de juros de poupança para dívidas fazendárias, encartadas em precatório, derivadas de relação tributária. Caiu, no art. 100, § 12 da Constituição Federal, a expressão “pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”; caiu, ainda, a aplicação dos juros de poupança a *toda* dívida fazendária, pois estes não poderiam se aplicar a dívidas fazendárias de origem tributária; e, caiu por inteiro o art. 97, § 16, do ADCT, pois todo ele foi declarado inconstitucional. Mais ainda: por arrastamento, foi declarada inconstitucional, na mesma extensão do art. 100, § 12 da Constituição, o art. 1º-F da Lei 9.494/97, na redação dada pelo art. 5º da Lei 11.960/2009 (afinal, sua subsistência levaria a que o dispositivo voltasse a reger integralmente as dívidas encartadas em precatórios e RPVs – sendo o fim do regime dual –, o que tornaria a inconstitucionalidade parcial do art. 100, § 12 da Constituição inócua, já que a TR e os juros de poupança se aplicariam por força da norma infraconstitucional).

Não é tarefa deste pequeno estudo analisar os fundamentos da inconstitucionalidade. Basta dizer, quanto à correção, que o STF entendeu

18 Propostas, respectivamente, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Confederação Nacional de Indústria.

– repetindo o que havia assentado na ADI 493¹⁹ – que a TR não reflete a perda do poder aquisitivo da moeda, e a preservação do valor real do patrimônio particular seria constitucionalmente assegurada (CF, art. 182, § 4º, III; art. 184). E, quanto aos juros, entendeu-se que a aplicação da taxa de poupança feriria a isonomia, já que a taxa cobrada do particular pelo fisco é diversa.

Surgiu, nesse fatídico dia 14 de março de 2013, uma situação que depois se mostrou sem paralelos: o julgamento foi suspenso, sem conclusão, para apreciação de questão de ordem levantada pelo Estado do Pará e o Município de São Paulo, em que se pleiteava a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade, conforme autoriza o art. 27 da Lei 9.868/99. Ou seja: não houve ali modulação, mas declaração de inconstitucionalidade já havia. A partir de então, a TR deveria ser aplicada? E os juros de poupança em dívidas fazendárias derivadas de relações tributárias?

A situação gerou enorme insegurança jurídica. A TR tornou-se um índice moribundo, mas não morto. Não se pode dizer o mesmo dos juros de poupança, já que estes, para as dívidas fazendárias em geral, foram declarados constitucionais; mas em situação análoga à TR ficaram tais juros para as dívidas fazendárias derivadas de relação tributária. Enfim, houve declaração de inconstitucionalidade em julgamento não encerrado, e que, a toda vista, seria concluído com algum tipo de modulação – posto a modulação ser muito mais certa para se desenhar um regime transitório de pagamento de precatório do que para manter a TR provisoriamente e os juros de mora para dívidas fazendárias de origem tributárias (nada impedia que no julgamento da Questão de Ordem o STF entendesse pela inconstitucionalidade *ex tunc* de ambos).

Nem tanto por causa da TR e dos juros, mas principalmente pela insegurança que a decisão gerou quanto à forma de pagamento dos

19 ADI 493, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/1992, DJ 04-09-1992 PP-14089 EMENT VOL-01674-02 PP-00260 RTJ VOL-00143-03 PP-00724.

precatórios para os entes que tinham adotado o regime especial (pois não se sabia se tais entes retornariam ao regime geral imediatamente – o que significava, portanto, que não se sabia se eles deveriam continuar fazendo os depósitos mensais exigidos pelo art. 97, § 2º do ADCT), o Ministro Luiz Fux, que passou a ser o relator das ADIs citadas, concedeu, a pedido do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, cautelar com o seguinte teor:

A decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional nº 62/09, assentando a invalidade de regras jurídicas que agravem a situação jurídica do credor do Poder Público além dos limites constitucionalmente aceitáveis. Sem embargo, até que a Suprema Corte se pronuncie sobre o preciso alcance da sua decisão, não se justifica que os Tribunais Locais retrocedam na proteção dos direitos já reconhecidos em juízo. Carece de fundamento, por isso, a paralisação de pagamentos noticiados no requerimento em apreço.

Destarte, determino, *ad cautelam*, que os Tribunais de Justiça de todos os Estados e do Distrito Federal deem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 14/03/2013, segundo a sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro.

Que inusitado! Por meio de uma decisão cautelar em ADIs que já tinham sido julgadas procedentes (cautelar, portanto, dada após a sentença), o relator, monocraticamente, fez uma espécie de modulação provisória – que, a abranger a TR e os juros (como depois se veio a entender), era dada não propriamente em favor de quem havia feito o pleito cautelar (o Conselho Federal da OAB), mas em favor dos entes públicos. Era mais uma contracautela do que uma cautela, nesse particular.

Não é de estranhar, nesse imbróglio, que os Tribunais começassem a ter os mais variados entendimentos sobre como se faria doravante a correção monetária das dívidas fazendárias e como se calculariam seus juros, se elas derivassem de relação tributária. O Superior Tribunal de Justiça chegou a

firmar, por um período, que a inconstitucionalidade estava já consumada (sem usar, claro, esta expressão), razão por que afastou, reiteradamente, a aplicação da TR (*ex tunc*), substituindo-a pelo IPCA²⁰.

O Supremo Tribunal Federal, porém, fundando-se na acima mencionada cautelar nas ADIs – que viria a ser referendada pelo plenário do STF em 24 de outubro de 2013 –, fez reparo inúmeras vezes às decisões que afastavam a aplicação da TR²¹.

Veja-se que o STJ, diante dos repetidos reproches, entendeu que deveria reapreciar a questão. Por isso, em três Recursos Especiais²², assentou, em novembro de 2014, o tema repetitivo 905, com o seguinte teor:

Aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora.

O quadro, portanto, era confuso, mas o fato é que a TR, posto que moribunda, continuava a aplicar-se. O mesmo valia para os juros quando a

20 *Leading case*: REsp 1270439/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2013, DJe 02/08/2013. A citação desse julgado costuma vir acompanhada da observação de que ele foi exarado pela sistemática dos recursos repetitivos (CPC, art. 543-C). No entanto, é de ver que a matéria repetitiva não dizia sobre a Lei 11.960/2009, mas, sim, sobre prescrição de pretensão à incorporação dos quintos, conforme a Medida Provisória 2.225-45/2001 (tema 529).

21 Cf., por muitas, STF - Rcl: 17251 DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, data de julgamento: 26/02/2014, data de publicação: DJe-043 DIVULG 28/02/2014 PUBLIC 05/03/2014; e, para decisão no mesmo sentido para RPV, STF - Rcl: 16651 RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, data de Julgamento: 10/12/2013, data de publicação: DJe-022 DIVULG 31/01/2014 PUBLIC 03/02/2014.

22 REsp/PR 1492221, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, em 11/11/2014; REsp 1495144 e 1495146. EREsp 1207197/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/05/2011, DJe 02/08/2011.

dívida derivasse de relação tributária. No entanto, logo surgiu uma exceção legal à aplicação (provisória?) da TR: a Lei 12.919/2013 – Lei Orçamentária de 2014 – previu, em seu art. 27, o seguinte:

Art. 27. A atualização monetária dos precatórios, determinada no § 12 do art. 100 da Constituição Federal, inclusive em relação às causas trabalhistas, previdenciárias e de acidente do trabalho, observará, no exercício de 2014, a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - Especial - IPCA-E do IBGE.

Ou seja, para os créditos encartados em precatórios federais, a TR – uma vez que, mantido ainda o suspense, ela não tinha sido extirpada *ex tunc* do mundo jurídico – deveria ser aplicada de 30 de junho de 2009 até 31 de dezembro de 2013; a partir de 1º de janeiro de 2014 – primeiro dia do exercício de 2014 –, o índice de correção passou a ser o IPCA-E. Apesar de se ter visto a tentativa de aplicação da regra a dívidas ainda não encartadas em precatórios e a precatórios estaduais e municipais, é inconteste que a norma apenas atingia precatórios federais, pois federal – e não nacional – é a lei orçamentária, e o dispositivo é claramente voltado apenas para precatórios, e não para as dívidas judiciais fazendárias em geral²³.

A só existência de um dispositivo legal que, mesmo estando em clara contradição com uma norma constitucional (o art. 100, § 12 da Constituição), ainda assim foi aplicado, é a demonstração cabal de como as coisas eram estranhas nesse momento. Só mesmo uma norma constitucional moribunda pode continuar, como regra, sendo aplicada, mas ser excepcionada por norma hierarquicamente inferior.

E então, eis que a modulação se concretiza.

23 Cf. AC 3764 MC, Rel. Min. LUIZ FUX, julgado em 24/03/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 25/03/2015 PUBLIC 26/03/2015.

6. DE COMO A HISTÓRIA PARECIA TER TERMINADO

Em 25 de março de 2015 (não fosse por um dia, seriam exatamente dois anos após a declaração de inconstitucionalidade), após as ADIs 4357 e 4425 saírem de pauta duas vezes por pedidos de vista, o Supremo Tribunal finalmente concluiu o julgamento, procedendo à modulação acenada, que tratou também da declaração de inconstitucionalidade da TR e da declaração parcial de inconstitucionalidade dos juros de poupança. O conteúdo referente ao tema está no extrato da ata (a modulação não foi consubstanciada em um voto escrito):

Concluindo o julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto, ora reajustado, do Ministro Luiz Fux (Relator), resolveu a questão de ordem nos seguintes termos: [...] 2) - conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: 2.1.) Fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; 2.2.) Ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública Federal, com base nos arts. 27 das leis 12.919/13 e 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária. [...]

Portanto, manteve-se a aplicação da TR e dos juros de poupança (este para precatórios tributários) desde a vigência da Lei 11.960/2009 (30 de junho de 2009) até a data da modulação (25 de março de 2015), após o que deveria se aplicar o IPCA-E (Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial)²⁴. A eficácia da declaração de inconstitucionalidade foi,

24 É de estranhar a adoção de um índice que vale para todos os processos. Afinal, em

assim, prospectiva (*pro futuro*), o que – valha deus!, ao menos uma vez – garantiu coerência com a construção da cautelar nas mesmas ADIs e de sua interpretação (que a coerência se estabelecesse com uma heterodoxia já não tem, a essa altura, importância).

O STF deixou clara, quanto à correção monetária, a exceção que vale para precatórios federais: como se viu, para estes há o art. 27 da Lei 12.919/2013, que manda que se aplique IPCA-E já no início do exercício de 2014. Para 2015 vale regra idêntica, prevista no art. 27 da Lei 13.080/2015 (que, apesar de editada em 2015, refere-se não ao orçamento de 2016, mas do mesmo ano). Para precatórios federais, portanto, a modulação é ligeiramente diversa: preservou-se a TR apenas até o último dia de 2013.

A saga parecia ter chegado ao fim. Mas as coisas não podiam ser simples assim.

7. DE COMO A TR GANHOU SOBREVIVIDA

Após a modulação, surgiram três teses a respeito do novel art. 1-F. A tese moderada é aquela desenhada no capítulo anterior. Por ela, a correção pela TR e, para dívida tributária, os juros de poupança aplicam-se por algum tempo – de 30 de junho de 2009 a 25 de março de 2015²⁵. Ora, mas isso não é exatamente o que o STF disse nas ADIs 4357 e 4425? Não exatamente. A compreensão dessa sutileza exige a análise de duas teses que estão em dois extremos, e de seu pressuposto.

muitos deles pode haver índice já fixado; ora, se a TR foi declarada inconstitucional, a partir da eficácia dessa declaração deveria voltar a ser aplicado o índice anterior. O STF avançou aqui um pouco sua função, legislando, para – há que se conceder – que houvesse uma uniformização, diante de tamanha balbúrdia jurídica.

25 Abstraíram-se, doravante, os precatórios federais, para os quais, como se viu, o termo final de aplicação da TR é outro.

Como se pode verificar, o novel art. 1º-F é mais ancho que o art. 100, § 12 da Constituição, já que ele regula a dívida fazendária não apenas quando encartada em precatório ou RPV, mas desde sempre. É o regime dual. Viu-se que, como regra permanente, o art. 1º-F não é redundante exatamente nessa extensão que cuida das dívidas fazendárias antes que elas se tornem precatório ou RPV ou no caso em que nunca se transformem neles.

Assim, surgiu, *num extremo* – antifazendário –, a tese de que a modulação, por ter se referido apenas a precatórios, não alcança o art. 1º-F quando este cuida das dívidas fazendárias que não estão encartadas em precatório ou RPV. Isso quer dizer que a TR e, para dívidas fazendárias tributárias, os juros de poupança foram declarados inconstitucionais, e como não houve modulação no tocante a essas dívidas não encartadas em precatórios ou RPs, a ineficácia deve ser *ex tunc*. Portanto, se a tese moderada pode ser representada como “art. 1º-F – inconstitucionalidade SIM – modulação SIM”, a tese antifazendária seria “art. 1º-F na parte não redundante – inconstitucionalidade SIM – modulação NÃO”.

A tese faz certo sentido – tanto que teve alguma acolhida no Tribunal de Justiça do Paraná. Mas se se levar seu fundamento às últimas consequências, o resultado é exatamente *outro extremo* – que é fazendário: na verdade, tanto TR como, para dívidas fazendárias de relação tributária, os juros de poupança devem se aplicar para além de 25 de março de 2015, quando a dívida fazendária não estiver encartada em precatório ou RPV. Entenda-se. Na extensão em que o art. 100, § 12 da Constituição cuidou de correção monetária e juros – ou seja, quando a dívida estiver encartada em precatório ou RPV –, o art. 1º-F passou a ser simplesmente redundante. Mas a redundância deixaria de existir se a declaração de inconstitucionalidade do art. 100, § 12 da Constituição Federal não fosse arrastada para o art. 1º-F; a declaração de inconstitucionalidade teria sido inútil, pois o art. 1º-F passaria a voltar a reger a dívida fazendária. Daí a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento. O art. 1º-F foi arrastado apenas na extensão da redundância (que deixaria de existir com a inconstitucionalidade), que era aquela derivada da correção monetária e

dos juros de dívidas encartadas em precatórios e RPVs. O objeto das ADIs 4357 e 4425 era o regime de precatório, dentro do que se questionava, entre outras coisas, a forma de correção e o juros. Como não se questionou originalmente o próprio art. 1º-F, no que se refere à correção e aos juros da dívida fazendária antes de ela se tornar precatório ou RPV (ou jamais se tornar um dos dois), ele não foi, portanto, declarado inconstitucional. A representação da tese poderia ser: “art. 1º-F na parte não redundante – inconstitucionalidade NÃO – modulação NÃO”.

Do que se conclui que a tese antifazendária contém o embrião da tese fazendária. Esta – e isso poderá parecer tendencioso afirmado por quem advoga em favor da Fazenda – deve prevalecer se não se adotar a tese moderada.

Pois bem, foi a tese fazendária que fez com que o STF, em Recurso Extraordinário, em 16 de março de 2015 (não havia se passado um mês da modulação de efeitos), surpreendesse o mundo jurídico e chacoalhasse o direito quando este parecia sossegado. O relator do referido recurso, Ministro Luiz Fux, reconheceu a repercussão geral do seguinte tema (tema 810):

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. TEMA 810. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (RE 870947 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 16/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 24-04-2015 PUBLIC 27-04-2015).

Na verdade, o STF apreendeu a controvérsia de uma forma algo estranha. Em vez de fundar o limite entre o art. 1º-F da Lei 9.494/97 e o art. 100, § 12 da Constituição no momento da expedição do precatório ou da RPV, deu ênfase a uma dicotomia sem sentido: a correção monetária – diferentemente dos juros – ocorreria em dois momentos distintos, a saber, na fase de conhecimento, entre o dano e a sentença, quando é reconhecida pelo juízo prolator da decisão condenatória, e na fase executiva, entre a inscrição em precatório e o efetivo pagamento. A repercussão geral foi reconhecida, portanto, para o primeiro momento. Ademais, ela o foi

apenas relativamente à correção monetária, e não aos juros de poupança em dívida de relação tributária, já que estes não apresentariam os dois momentos distintos, dado que após a expedição do precatório eles não correm (período de graça previsto no Enunciado de Súmula Vinculante nº 17). Assim, o art. 100, § 12 da Constituição, ao tratar de juros, na verdade teria tratado dos juros na condenação, no que – assim se pode concluir – possuiria a mesma extensão do art. 1º-F (a parte não redundante deste se restringiria, enfim, à correção monetária).

Há dois problemas nessa forma de apreender a controvérsia. O *primeiro* é que a dicotomia, como se vê, deixa a descoberto o período que medeia a sentença e a inscrição em precatório. A parte não redundante do art. 1º-F é – e isso já se viu com detalhes – a que regula dívidas judiciais fazendárias até a expedição de precatório (e RPV), o que abarca tanto o período anterior à sentença como o posterior – inclusive a execução –, até o momento imediatamente anterior à expedição da requisição. Não é relevante, para o caso, a dicotomia “condenação x execução”, mas “antes x depois da expedição da requisição”. O *segundo* é que se entendeu que a Constituição rege os juros das dívidas fazendárias desde sempre, na mesma extensão do art. 1º-F. O argumento, como se viu, é de que não correriam juros após a expedição do precatório, de modo que a Constituição somente poderia estar a tratar dos juros impostos na condenação. Equívoco! Como se viu, a Constituição rege, na verdade, quanto aos juros, os precatórios em atrasos (não pagos no exercício subsequente àquele em que deveria ter sido inscrito no orçamento) – o que se estende às RPVs em atraso (não pagas nos 60 dias de prazo) –, razão por que apenas nessa extensão há redundância de regência com o art. 1º-F (e, portanto, apenas nessa extensão houve declaração de inconstitucionalidade dos juros em relações tributárias). O entendimento do STF externado na repercussão geral, porém, possibilita interpretação de que a inconstitucionalidade dos juros de poupança em dívidas de relação tributária atingiu o art. 1º-F em toda sua extensão (já que a correção seria plena), a possibilitar que se deixe de utilizar o índice de remuneração adicional da poupança a partir de 26 de março de 2015.

Ou seja, para os juros é possível defender, com fundamento na própria repercussão geral, a tese moderada.

A insegurança jurídica que surgiu quando a TR (deixem-se por ora de lado os juros da poupança) foi declarada inconstitucional não foi, portanto, expurgada com a decisão da modulação. Agora se afirmava que a inconstitucionalidade – e, claro, também a modulação – se restringia à correção monetária de dívidas encartadas em precatórios ou RPVs (ou, na linguagem do STF, à correção monetária na fase executiva). Significa que tudo quanto se disse no capítulo 6 desses comentários deve ser relativizado: a TR nunca ficou moribunda – ou ficou menos moribunda, não se sabe mais exatamente – como índice de correção monetária de dívida fazendária antes de ela se tornar precatório ou RPV.

Como no STJ os processos que tratavam do novo art. 1º-F já estavam sendo sobrestados em razão do tema repetitivo 905, os sobrestamentos agora ganhavam um novo contorno, a saber: o de que a questão seria decidida pelo STF²⁶. Enfim, ficou sobrestada a própria apreciação do recurso repetitivo. Um ineditismo!

Nesse contexto compreende-se a decisão do Tribunal de Justiça objeto desses comentários. Eis o que ficou dito na ementa: “AFASTAMENTO DA MODULAÇÃO FIRMADA NA ADI 4357 NA SESSÃO DE 26.03.2015 [*rectius*: 25.03.2015]. NECESSIDADE DE APRECIACÃO DO TEMA NA REPERCUSSÃO GERAL (RE 870.947/SE)”. Decidiu-se, no corpo do acórdão, o seguinte:

No entanto, em novo julgamento realizado pelo E. STF em 17.04.2015 (RE 870.947/SE) foi reconhecido pela Suprema Corte a repercussão geral a respeito do regime de atualização monetária e juros moratórios incidentes sobre condenações judiciais da Fazenda Pública, conforme a previsão

26 Cf., por exemplo, EDcl nos EDcl no AREsp 575.964/MS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 24/06/2016.

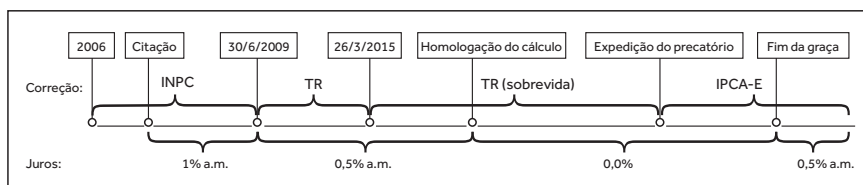
do art. 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, restando consignado no aludido julgamento que nas ADIs somente foi debatido a respeito da inconstitucionalidade da aplicação da TR no caso de atualização dos precatórios, e não em relação aos índices aplicados nas condenações da Fazenda Pública.

Ademais esta interpretação já foi aplicada em recentes decisões de Reclamação manejadas na Suprema Corte (Medida Cautelar de Reclamação 21.147-SE, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão liminar de 24.06.2015).

Assim, até o pronunciamento em definitivo sobre o mérito da RE 870.947/SE, deve ser aplicado o critério de correção monetária e juros de mora na forma prevista na Lei 11.960/2009, considerando que a referida norma possui aplicabilidade imediata.

Trata-se da tese fazendária (“art. 1º-F não redundante – inconstitucionalidade NÃO – modulação NÃO”). Por ela, surge, ao menos agora, um novo marco temporal a considerar além daquele de 25 de março de 2015: a data da expedição do precatório ou da RPV. Pense-se numa dívida fazendária nascida em 2006 em razão de responsabilidade civil. De seu surgimento até 29 de junho de 2009, sua correção dar-se-á por algum índice escolhido pelo juízo (imaginemos o INPC); e os juros são os do art. 406 do Código Civil (pelo Tribunal de Justiça do Paraná, 1% ao mês) desde a citação. A partir de 30 de junho de 2015, a correção será pela TR; e os juros são de 0,5% ao mês (passando a ser de 70% da meta da SELIC mensalizada entre meados de 2012 e meados de 2013 – voltando, após, a 0,5% ao mês). Em algum momento os juros pararão de correr, voltando apenas após o fim da graça constitucional, sempre no patamar previsto para os juros da poupança. E quando a correção será feita pelo IPCA-E? Depende. Se o precatório for expedido até 25 de março de 2015 (imaginese que o foi em 30 de junho de 2014), o IPCA-E se aplica apenas a partir de 26 de março de 2015, porque antes disso a TR foi preservada como índice de correção de precatório. Mas se a expedição ocorreu depois disso, é a data da expedição o marco para a aplicação do IPCA-E, já que antes de se tornar precatório se aplica a TR, não declarada inconstitucional nessa situação – e a TR ganha uma sobrevida. Quanto aos juros, é de lembrar que, nesse caso, continuam a ser os da poupança, quando voltarem a correr

após a graça constitucional, já que não eivados de inconstitucionalidade (não se trata de relação tributária). Veja-se graficamente essa sobrevida da TR (consideram-se os juros da poupança como sendo de 0,5% ao mês, para não poluir a representação):

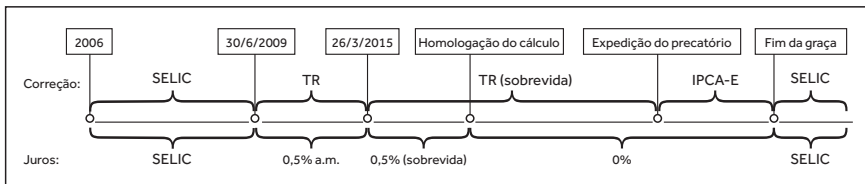


A questão fica algo mais complexa no caso de dívidas fazendárias derivadas de relação tributária, e isso por duas razões: (i) nelas, em geral, se utiliza a SELIC, no seio da qual estão calculados tanto juros como correção monetária; (ii) surgirá a questão de saber se a inconstitucionalidade (e, portanto, a sua modulação) atingiu ou não os juros de poupança de dívidas fazendárias antes da expedição de precatório ou RPV.

A se entender que a declaração de inconstitucionalidade para os juros refere-se apenas a precatórios e RPVs em atraso – como seria mais lógico, e como defendido acima –, haveria sobrevida da TR e dos juros de poupança se o precatório ou a RPV fossem expedidos após 25 de março de 2015. Imaginemos um caso semelhante ao anterior, mas que trate de dívida de relação tributária. Imaginemos, também, que há um termo inicial único para juros e correção, calculados pela SELIC²⁷. Pois bem, a partir de 2006,

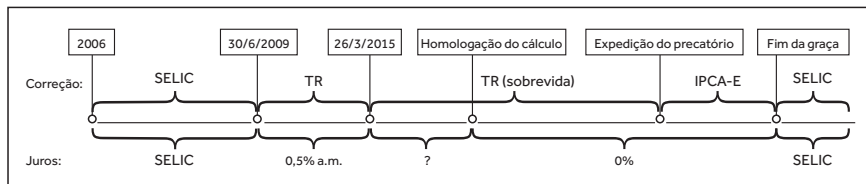
27 A coisa já é suficientemente complexa para adicionar, aqui, uma outra complexidade, que é a de como compatibilizar os enunciados de súmula 162 e 188 do STJ – que trazem termos iniciais distintos para a correção e juros em ações de repetição de indébito (a ação típica que gera dívida fazendária derivada de relação tributária) – com o entendimento Jurisprudencial do mesmo STJ de que (i) a SELIC é composta de juros e correção e, ao mesmo tempo, (ii) a correção pela súmula 162 há de se fazer pela SELIC. Seria esse o único caso no Brasil de juro zero, já que a dívida é inicialmente apenas corrigida (súmula 162),

incide a SELIC; a partir de 30 de junho de 2009, há uma cisão de juros e correção: aqueles são calculados pela taxa de juros da poupança, e esta, pela TR. Advindo 26 de março de 2015 sem que o precatório ou a RPV estejam expedidos, ganham sobrevida os índices da poupança. Com a expedição do precatório, a correção passará a ser feita pelo IPCA-E (já que a dívida passa a ser regida pelo art. 100, § 12, atingido pela inconstitucionalidade), não havendo ainda juros. Apenas após o fim da graça constitucional é que o sistema unificado de cálculo dos juros e da correção pela SELIC volta a vigorar. Eis, graficamente:



Por outro lado, a se entender – como a repercussão geral parece sugerir – que a inconstitucionalidade (e a modulação) dos juros da poupança de dívida fazendária de relação tributária abarcou o que o STF chamou de momento condenatório (que é aquele anterior à existência de precatório ou RPV), surge um paradoxo: a TR ganha sobrevida após a modulação se a dívida ainda não estiver encartada em precatório ou RPV, mas os juros de poupança não ganham sobrevida. Como a SELIC abarca juros e correção, é nebulosa a forma de calcular apenas os juros (já que a correção será feita pela TR). Quiçá se pode pensar em expurgar, da SELIC, o que ela tem de correção. Eis o paradoxo, graficamente:

e o é pela SELIC, mas eis que quando os juros passam a incidir (súmula 188) nada muda; a SELIC continua a se aplicar. Se nada muda quando deveriam ter início os juros – e se a correção, antes disso, se dá por índice que supera a inflação –, isso deveria indiciar à Jurisprudência que existe algo de errado nessa construção.



O quadro atual, bem se vê, é um pintado por René Magritte. As coisas estão incertas, e não se sabe por quanto tempo. Veja-se que mesmo o entendimento firmado no acórdão comentado – e que convive com decisões diametralmente opostas – é provisório, como deixa clara a frase “até o pronunciamento em definitivo sobre o mérito da RE 870.947/SE” usada no acórdão comentado.

Já se passou mais de um ano do reconhecimento da repercussão geral, e ela não foi julgada. Então, como será o futuro?

8. EPÍLOGO: DE COMO AS COISAS PODERÃO FICAR (OU NÃO)

Não é alentador terminar assim os comentários à Jurisprudência apresentada, mas é assim que está o quadro: indefinido e (a se considerar a decisão aqui comentada) provisório. Há diversas hipóteses sobre como a questão se resolverá²⁸ – se é que outro novo imbróglgio não surgirá. Ei-las:

a) O STF declara a inconstitucionalidade da parte não redundante do art. 1º-F – coerentemente com o que decidiu nas ADIs 4357 e 4425 –, não procedendo a qualquer modulação.

28 Doravante, supõe-se que a questão a ser resolvida é apenas a relativa à TR, e não aquela atinente aos juros em dívidas de relação tributária (as quais se supõem como alcançadas pela inconstitucionalidade e pela modulação).

Vamos por partes. *Primeiro*, quanto à inconstitucionalidade, é de se notar que ela será declarada *incidenter tantum*, já que não se trata de controle concentrado de constitucionalidade. Por outro lado, a decisão terá eficácia *erga omnes*, já que dada conforme o regime de repercussão geral, razão por que a declaração de inconstitucionalidade incidente terá, nesse caso específico, extensão igual – ou no mínimo quase igual – àquela dada em controle concentrado. *Segundo*, como se verá, a regra é de que a declaração de inconstitucionalidade – mormente no controle difuso de constitucionalidade – tenha eficácia *ex tunc*. Para tanto, basta o STF silenciar sobre a modulação.

Havendo declaração de inconstitucionalidade sem modulação – hipótese ora tratada –, o quadro até aqui exposto muda completamente: a TR nunca teria valido ao visar corrigir crédito ainda não encartado em precatório e RPV, mas o teria até 25 de março de 2015 na hipótese contrária. Isso geraria uma situação curiosa, agregando mais um grau na complexidade do tema. Para precatórios (e RPVs) expedidos após 30 de junho de 2009, mas antes de 25 de março de 2015, terá havido um intervalo peculiar de incidência da TR, que é aquele que medeia a expedição do precatório (ou da RPV) e a data da modulação. Afinal, antes da expedição a correção teria sido determinada pelo art. 1º-F, nessa parte declarado inconstitucional sem modulação (o que afasta a TR); e a partir da expedição, e até a modulação (25 de março de 2015), a correção terá sido determinada pelo art. 110, § 12 da Constituição, cuja eficácia, quanto à TR, foi mantida nesse período.

b) O STF entende não ser inconstitucional a previsão de TR para corrigir dívidas fazendárias – respeitada, claro, a inconstitucionalidade quando ela passar a ser regida pela Constituição²⁹. A hipótese configura o extremo oposto da situação anterior. Antes da expedição de precatório ou RPV, a dívida seria corrigida pela TR *indefinidamente*, já que a regência

29 São nesse sentido os votos dos Ministros Teori Zavascki, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

derivaria do art. 1º-F, nessa parte não declarado inconstitucional. Haveria, por assim dizer, uma eternização da sobrevida de que se tratou no item anterior (e os quadros gráficos anteriores podem ser utilizados para ilustrar como as coisas ficariam). Quando – ou, em hipóteses excepcionais, se – a dívida for encartada em precatório ou RPV, então ela passa a ser corrigida pelo IPCA-E, a menos que a expedição se dê antes de 25 de março de 2015, hipótese em que a TR se aplicará até a data da modulação.

c) O STF declara a inconstitucionalidade da parte não redundante do art. 1º-F – coerentemente com o que decidiu nas ADIs 4357 e 4425 –, modulando, porém, seus efeitos. É certo que não existe previsão de modulação no controle difuso de constitucionalidade, de modo que se aplica, de regra, a teoria de que a lei perde eficácia *ex tunc*. No entanto, o STF tem aplicado, certas vezes, o art. 27 da Lei 9.868/1999 (concebida apenas para ADI e ADC)³⁰ no controle difuso de constitucionalidade. E esse seria um caso que justificaria a modulação excepcional, já que a decisão na repercussão geral expandirá sua eficácia para todos os casos semelhantes. A modulação, porém, precisa ser expressa na decisão do STF, a teor do citado art. 27.

Não se trata aqui de hipótese única, pois inúmeras podem ser as soluções para a modulação. Talvez a data que tenha maior chance de prevalecer seja aquela que garante coerência com a modulação das ADIs, porque isso simplificaria o sistema. Seria argumento importante a justificar a modulação excepcional no controle difuso. Qualquer que fosse a fase da dívida fazendária, a TR seria aplicada entre 30 de junho de 2009 e 25 de março de 2015; a TR não teria a sobrevida de que se tratou no item anterior, mas tampouco teria tido a validade negada *ex tunc*. Após a modulação, uma solução que se pretendesse harmoniosa com o julgado nas ADIs também determinaria a aplicação do IPCA-E.

30 Cf., por exemplo, RE: 560626 RS, Relator: Min. GILMARMENDES, Data de Julgamento: 12/06/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO.

d) O STF conclui que, na verdade, a diferenciação feita quando do reconhecimento da repercussão geral estava equivocada, de modo que as ADIs 4357 e 4425, quando optaram pelo arrastamento do art. 1º-F, fizeram-no quanto ao dispositivo em sua integralidade. Afinal, a repercussão geral foi reconhecida para julgar o tema – posto indicar que existe de fato a distinção proposta –, mas isso não impede que, ao julgar o mérito, se faça uma análise conclusiva sobre a extensão da inconstitucionalidade das ADIs. Se isso ocorrer, o resultado prático será o mesmo daquele da hipótese anterior, sob letra “c” (Observe-se que tanto na letra “c” como na letra “d” terá se consolidado a tese que no capítulo anterior se chamou de moderada).

O pior cenário será o de a decisão na repercussão geral não ser clara. Não se trata de prognóstico tão pessimista. Pois é justamente isso que – assim quer parecer – ocorreria caso venha a prevalecer o voto do ministro relator do RE 870.947/SE, Luiz Fux, já acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber³¹ (por pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, o julgamento da repercussão geral está adiado). Após extensa fundamentação sobre a inconstitucionalidade da TR (afinal, no voto o relator entende que a parte não redundante do art. 1º-F não foi declarada inconstitucional nas ADIs 4357 e 4425, razão por que ele a declara, então, inconstitucional), conclui-se da seguinte forma, no que toca ao caso concreto:

31 Como se viu na nota de rodapé nº 28, o Ministro Teori Zavascki deu voto divergente, considerando a TR constitucional, o que gera o cenário descrito na letra “b”, acima, no que foi acompanhado por Cármen Lúcia e Dias Toffoli. O Ministro Marco Aurélio Mello, por seu turno, deu voto mais extremo que o dado pelo relator, primeiro sequer reconhecendo o recurso, depois desprovendo-o integralmente (incluindo desprover a insurgência contra o afastamento dos juros de poupança, o que vai além do decidido nas ADIs 4357 e 4425).

Por todas as razões expostas, voto no sentido de, no caso concreto, dar provimento parcial³² ao recurso extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), para [...] manter a concessão de benefício de prestação continuada (Lei nº 8.742/93, art. 20) ao ora recorrido [...] atualizado monetariamente pelo IPCA-E desde a data fixada na sentença e [...] fixados os juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com redação dada pela Lei 11.960/09.

Ora, como a sentença trata de fato que remonta a 2009 – conforme se vê do corpo da decisão recorrida –, aplicar o IPCA-E desde sempre significa afastar a aplicação da TR, o que faz concluir que a declaração de inconstitucionalidade que se sugere em voto (relativamente à parte não redundante do art. 1º-F) é dada com eficácia *ex tunc*. Aliás, isso é coerente com o fato de não haver, até ali, modulação alguma da declaração de inconstitucionalidade. Isso sugere o cenário descrito na letra “a”, acima.

No entanto, as coisas se complicam em razão da parte do dispositivo destinado à repercussão geral em si, que, após também considerar inconstitucional – agora para todos os casos repetidos – a correção pela TR, termina da seguinte maneira:

A fim de evitar qualquer lacuna sobre o tema e com o propósito de guardar coerência e uniformidade com o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a questão de ordem nas ADIs nº 4.357 e 4.425, entendo que devam ser idênticos os critérios para a correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública. Naquela oportunidade, a Corte assentou que, após 25.03.2015, todos os créditos inscritos em precatório deverão ser corrigidos pelo Índice de Preço ao Consumidor Amplo (IPCA-E). Nesse exato sentido, voto pela aplicação do aludido índice a todas as condenações judiciais imposta à Fazenda Pública, qualquer que seja o ente federativo de que se cuide.

32 Há parcial provimento porque se provê a impugnação recursal quanto ao capítulo da decisão que não aplicava a taxa de juros de poupança, quando o caso não era de dívida de relação tributária.

O que seriam “idênticos critérios”? Será que, para os casos idênticos – mas não para o próprio caso julgado – está-se mantendo não apenas o critério de atualizar pelo IPCA-E, mas também o definido em modulação? É possível entrever nesse parágrafo uma modulação da eficácia *erga omnes* que a declaração de inconstitucionalidade tem no regime de repercussão geral. Afinal, nas ADIs mencionadas, o que se fixou de critérios, ao cabo, foi: TR desde 30 de junho de 2009; IPCA-E a partir de 26 de março de 2015. Então é razoável considerar que ambos devem ser aplicados, agora para a parte não redundante do art. 1º-F; nessa interpretação, a solução terá sido a aventada na letra “c”, acima. Ao mesmo tempo, é estranho que justamente para o caso concreto as coisas não sejam assim, e a solução seja a aventada na letra “a”, acima.

Após anos e anos de tanta incerteza – iniciada no antanho 14 de março de 2013 –, tudo o que não se quer é falta de clareza na decisão. Costuma-se dizer que no Brasil nem o passado é previsível. Aguarda-se ansiosamente que a Corte Suprema deste país diga, de forma cristalina, como as coisas deveriam ter sido nesse passado iniciado em 30 de junho de 2009 – e o que esperar do futuro. O final da saga do art. 1º-F haverá de ter quem o conte.