

Parecer sobre autonomia financeira do Poder Judiciário em face da PEC nº 287/2020 à Constituição Estadual do Rio Grande do Sul

Ingo Sarlet

Professor Titular de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Lenio Streck

Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).

Paulo Caliendo

Professor Titular de Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Fernando Facury Scaff

Professor Titular de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e sócio do escritório Silveira, Athias, Soriano de Mello, Guimarães, Pinheiro & Scaff Advogados. Foi Professor Titular de Direito Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA) até março de 2019, data de sua aposentadoria por tempo de serviço.

Rafael Da Cás Maffini

Professor Adjunto de Direito Administrativo da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Sumário: **1** Introdução e quesitos – **2** Panorama dos antecedentes orçamentários e legislativos – **3** A autonomia e independência do Poder Judiciário e o princípio da separação dos Poderes – **4** Aspectos financeiros e orçamentários da PEC nº 287/2020 – **5** Autonomia do Poder Judiciário, separação de Poderes e limites ao poder de reforma da Constituição – **6** Respostas aos quesitos

1 Introdução e quesitos

Honra-nos o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em solicitar a esta Comissão análise da Proposta de Emenda à Constituição nº 287/2020 em trâmite na Assembleia Legislativa do Estado, assim lançada:

Proposta de Emenda à Constituição nº 287 /2020

Altera o artigo 156 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências.

Art. 1º O art. 156 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 156. Os recursos orçamentários destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria Pública do Estado, incluídos os créditos suplementares e especiais, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 (vinte) de cada mês.

§1º A entrega dos recursos previstos no “caput” deste artigo deverá ser realizada com base na Receita Corrente Líquida efetivamente arrecadada no mês anterior, obedecida a proporção estabelecida na lei orçamentária anual, até o limite do valor fixado nas respectivas dotações orçamentárias, cabendo aos Poderes, ao Ministério Público e à Defensoria Pública promoverem, por ato próprio e nos montantes necessários, limitação de empenho e movimentação financeira, na forma da lei.

§2º O Poder Executivo deverá publicar nos meios de comunicação oficiais viabilizados pela tecnologia da informação, mensalmente, os relatórios detalhados com todos os recursos que compõem a Receita Corrente Líquida efetivamente arrecadada, os quais deverão ser enviados à Assembleia Legislativa e ao Tribunal de Contas do Estado, para acompanhamento e fiscalização”.

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Atualmente, vige o seguinte texto:

Art. 156. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria Pública do Estado, incluídos os créditos suplementares e especiais, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 (vinte) de cada mês.

Para demarcar o âmbito do parecer solicitado, foram apresentados os seguintes questionamentos:

1. É viável, do ponto de vista de sua legitimidade jurídica, a Proposta de Emenda nº 287/2020 para alteração do art. 156 da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul – CERS, considerando o disposto no artigo 168 da CF, a unidade do Poder Judiciário nacional e a garantia de sua autonomia e independência
2. A PEC nº 287/2020, que propõe alteração da redação do art. 156 da CERS, sem prejuízo de ser inconstitucional (ou não) já por força da resposta ao primeiro quesito, viola o princípio da separação de Poderes?
3. A jurisprudência jusfinanceira do STF permite o uso da Receita Corrente Líquida – RCL para operacionalizar os repasses previstos no art. 168, CF?

2 Panorama dos antecedentes orçamentários e legislativos

A proposta legislativa subjacente à PEC nº 287/2020, em trâmite na Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul – ALRS, ademais de sua incompatibilidade com a ordem constitucional vigente, a seguir demonstrada, há de ser também compreendida a partir de seus antecedentes orçamentários e legislativos.

A referência a “antecedentes orçamentários” diz com um dos aspectos motivadores da PEC nº 287/2020, o qual não guarda nenhuma compatibilidade com a verdade histórica e com a realidade financeira do Estado do Rio Grande do Sul. Com efeito, os proponentes e os defensores de tal proposição legislativa a justificam numa suposta falta de empatia institucional dos demais Poderes e órgãos constitucionais autônomos (Poder Judiciário, Poder Legislativo, Ministério Público, Tribunal de Contas do Estado, Defensoria Pública) com o Poder Executivo, o qual seria o único a suportar as mazelas financeiras que recaem sobre o Estado do Rio Grande do Sul. Primeiramente, ainda que tal falta de empatia institucional existisse, não seria suficiente para a superação de normas constitucionais que conferem um modelo orçamentário e financeiro incompatível com a solução inerente à PEC nº 287/2020. De qualquer sorte, tal suposta falta de empatia institucional não é demonstrada pelo que realmente vem ocorrendo nos últimos anos no Estado do Rio Grande do Sul.

A PEC nº 287/2020 também há de ser compreendida a partir de alguns “antecedentes legislativos”. Isso porque o conteúdo intrínseco à referida proposta, ainda que com algumas pequenas diferenças, já foi objeto de outras propostas legislativas que tramitaram na ALRS.

Primeiramente, registra-se a PEC nº 260/2016, apresentada pelo Poder Executivo, o qual também se propunha a alteração do art. 156, da Constituição do Estado.¹ Tal proposta foi rejeitada, muito provavelmente em razão da Emenda nº 1, apresentada pela Dep. Any Ortiz e mais dezenove deputados, a qual incluía na proposta o parágrafo único ao art. 156, segundo o qual:

a Secretaria de Estado da Fazenda, mensalmente, publicará o extrato da arrecadação do mês imediatamente anterior, indicando em destaque a Receita Corrente Líquida nos termos do caput deste artigo, e enviará à Assembleia Legislativa e ao Tribunal de Contado do Estado, para acompanhamento e fiscalização.²

¹ Tal proposta visava à alteração do art. 156 da CE, para que este dispusesse que os recursos orçamentários destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria Pública do Estado, incluídos os créditos suplementares e especiais, proporcionais à Receita Corrente Líquida efetivamente arrecadada, limitados aos montantes previstos nas dotações orçamentárias, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 (vinte) de cada mês.

² Tal emenda inclusive chegou a ser aprovada, mas restou prejudicada uma vez que a proposta emendada foi rejeitada por não ter alcançado o quórum mínimo de aprovação.

No ano seguinte, restou apresentada a PEC nº 265/2017 pelo Dep. Bombeiro Bianchini e mais 18 deputados, que repetia a intenção de alteração do art. 156 da CERS que já havia sido objeto da PEC nº 260/2016. Todavia, tal proposta foi arquivada em razão de um dos Deputados signatários, Dep. Gerson Borba, ter perdido o mandato, pois os deputados titulares, Pedro Westphalen e Ernani Polo, que, à época, estavam exercendo cargo de Secretários de Estado, reocuparam as suas cadeiras na Assembleia. Após discussão jurídica, a Procuradoria da ALRS decidiu que era caso de arquivamento.

Como referido, ademais das várias incompatibilidades da PEC nº 287/2020 com a Constituição Federal, que a seguir serão detalhadamente demonstradas, permite-se concluir pela inconveniência de tal proposta, observados os seus próprios fundamentos orçamentários e antecedentes legislativos.

3 A autonomia e independência do Poder Judiciário e o princípio da separação dos Poderes

A independência do Poder Judiciário é uma conquista democrática da Constituição Federal de 1988. Conquista, sim, porque não veio de graça como se fosse um simples acessório ou resultado de uma autorização cartorial. Ela pode ser considerada uma das principais façanhas do constitucionalismo, movimento com raízes no século XI, permeado de lutas sociais e teóricas que nos legaram experiências fundamentais para a sociedade que temos hoje.

Não foram poucos os esforços necessários para que chegássemos ao sistema de três Poderes independentes e harmônicos entre si existente no Brasil: se temos um Legislativo e um Executivo democráticos, é porque temos um Judiciário forte e independente que, distante das pressões políticas a que os outros estão submetidos, tem o poder-dever institucional de proteger nossa Constituição contra ataques provenientes de quem quer que seja. Um constitucionalista do porte de Samuel Issacharov, especialmente no livro *Fragile Democracies: contested power in the era of Constitutional Courts*,³ deixa claro o papel do Poder Judiciário principalmente em jovens democracias ou democracias frágeis (quicá fraturadas). Para ele, o Poder Judiciário é condição de possibilidade da democracia.

No Brasil, enquanto o Legislativo e o Executivo guardam entre si certo entrelaçamento – basta lembrar do célebre “presidencialismo de coalizão” que vigora no nosso País –, o Poder Judiciário tem uma posição de destaque no quadro constitucional brasileiro. Uma vez empossado o juiz, ele não pode exercer nenhuma

³ New York: Cambridge University Press, 2015.

atividade político-partidária, vedação evidentemente destinada à garantia de sua imparcialidade objetiva e de sua própria independência.

Nesse sentido, embora não haja dúvida de que os magistrados têm responsabilidade política quanto às suas decisões, cabendo-lhes a correta interpretação do Direito, eles não guardam – nem podem guardar – uma relação de dependência ou conveniência com as pautas políticas discutidas nos demais Poderes.

Apenas um Judiciário dotado de autonomia (institucional, administrativa, financeira e funcional) é capaz de assegurar a proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, inclusive contra atos dos órgãos estatais e, ademais disso, a integridade e autoridade da Constituição e do Direito em si, freando avanços inconstitucionais dos demais Poderes. A proteção judicial é pedra angular do sistema de proteção dos direitos, e sua missão contramajoritária define o limite da atuação da maioria diante dos direitos das minorias; é nesse sentido, aliás, que se pode dizer que, como consta nos *Comentários à Constituição do Brasil*,⁴ no Estado Democrático de Direito, a independência judicial é mais importante para a eficácia dos direitos fundamentais do que o próprio catálogo de direitos contido nas Constituições: sem uma instância autorizada e incumbida de exercer o último controle da atividade estatal, longe de influências externas, corre-se o perigo de se esvaziarem as promessas constitucionais.

Posto isso, vale referir que a autonomia institucional do Judiciário pode ser visualizada a partir de três óticas principais:

- (i) autonomia administrativa, que é aquela relacionada com o fato de que, não estando o Judiciário submetido a nenhuma outra instituição, dentro do conjunto normativo estabelecido pela Constituição, tem ele poder de autogoverno consistente na eleição de seus órgãos diretivos, elaboração de seus regimentos internos, organização de suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, no provimento dos cargos de magistrados de carreira da respectiva jurisdição, bem como no provimento dos cargos necessários à administração da Justiça (CF, art. 96, I);
- (ii) autonomia financeira, que é aquela que se materializa na outorga aos tribunais do poder de elaborar suas propostas orçamentárias dentro dos limites estabelecidos com os demais Poderes e na lei de diretrizes orçamentárias; e

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao artigo 95 da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

- (iii) autonomia funcional, que é aquela que diz respeito exatamente à sua não submissão, como Poder independente, com relação aos outros Poderes, configurando-se instrumento fundamental para proteção do Direito em uma democracia. O funcionamento do Judiciário e a atuação dos magistrados, assim, não estão entrelaçados com contingências a que o Legislativo e o Executivo estejam submetidos. Qualquer espécie de interferência que venha a ocorrer que comprometa esse complexo normativo é inconstitucional, pois fere a própria independência do Judiciário.

A Proposta de Emenda à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul (CERS) nº 287/2020 atenta contra essa lógica que confere um funcionamento independente do Judiciário ante os demais Poderes. A proposta de inserção do §1º ao art. 156 da CERS destina-se a vincular os repasses dos recursos orçamentários destinados ao Judiciário – e também do Legislativo, do Ministério Público e da Defensoria Pública – à Receita Corrente Líquida (RCL) efetivamente arrecadada no mês anterior.

O nítido ataque à autonomia financeira/orçamentária carrega consigo prejuízo à própria autonomia/independência funcional do Judiciário porque, como se não bastasse o fato de a PEC permitir que o Executivo se imiscua nas programações orçamentárias – que são impositivas – de outro Poder, implica afetação direta da independência funcional do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul.

Explicamos: diferentemente da violação à autonomia financeira, *aqui se fala de um desrespeito subsequente-lógicamente-consequente*: ao retirar o domínio da autonomia financeira do Judiciário, a Proposta também deixa o funcionamento do Judiciário à mercê do Executivo.

Parafraseando Benjamin Disraeli, se os homens fossem anjos, não precisaríamos de leis. E acrescenta-se: e nem de juízes. Uma vez que o Executivo passe a controlar, em alguma medida, os repasses dos recursos de acordo com a RCL do mês anterior, ele passa a transferir, ainda que indiretamente, ao Poder Judiciário – especialmente para este – as contingências a que o seu próprio funcionamento está submetido.

Entretanto, se o Judiciário é independente para funcionar sem interferências externas, mesmo de outros Poderes, não há dúvida de que o seu funcionamento – cuja administração e organização incumbe tão somente a ele – não pode ficar nas mãos, em qualquer medida que seja, do Executivo. É claro: a sua autonomia institucional pode ser “desdobrada”, para fins de melhor compreensão, a partir daquelas três “autonomias” acima assinaladas, que operam em conjunto – em outras palavras, ferida a autonomia orçamentária, o Judiciário perde parte da sua autonomia administrativa e funcional.

O raciocínio é simples: se o Executivo passa a arrecadar valores menores – afinal, pode baixar impostos ou praticar isenções, porque é independente – do

que a previsão da receita de arrecadação líquida e a repassar conforme a RCL, *ele invade a área de autonomia financeira do Judiciário*; nesse contexto, o Judiciário, em descompasso com o orçamento que havia legitimamente elaborado, tem de adaptar, a partir disso, o seu próprio funcionamento em razão de ato praticado por outro Poder.

A PEC promove, assim, essa “invasão” da área de atuação constitucionalmente prevista e demonstra o enfraquecimento da independência do Judiciário. Como diz Bonavides, “a garantia institucional protege a essência da instituição”;⁵ uma vez estabelecidos os contornos das instituições por força do poder constituinte originário, ficam embargadas quaisquer tentativas de supressão ou mutilação daqueles elementos essenciais que a caracterizam: *desfuncionalizar* o Judiciário, por meio do comando dos seus recursos pelo Executivo, ataca frontalmente a principiologia do Pacto de 1988.

A PEC, ao promover a mitigação do funcionamento do Judiciário, ignora um grande ensinamento do passado: o elemento central para o Estado de Direito é exatamente a independência do Poder Judiciário. A lógica dos duodécimos estabelecida na Constituição Federal impede a sujeição dos demais Poderes e órgãos autônomos da República a arbítrios e ilegalidades perpetradas no âmbito do Poder Executivo respectivo. A norma constitucional em questão não aponta no sentido de ser possível sujeitar o repasse de recursos à programação financeira e ao fluxo de arrecadação. Essa ordem de distribuição prioritária (e não apenas equitativa) de satisfação das dotações orçamentárias foi assim concebida exatamente para evitar um estado de subordinação financeira que comprometesse, pela gestão arbitrária do orçamento, a própria independência político-jurídica das instituições republicanas. É evidente: sem dinheiro, sem funcionamento.

A argumentação aqui empreendida encontra amparo na melhor doutrina constitucional. Os já citados Gilmar Mendes, Paulo Bonavides, Canotilho, assim como José Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso, e tantos outros defendem a importância de um Judiciário forte e independente para a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Sendo mais claros: há pouquíssimos temas como esse *em que não há dissenso doutrinário*. Pode-se até divergir sobre a extensão e o papel do Judiciário no contexto social brasileiro – basta ver os diversos pontos de vista sobre ativismo judicial e judicialização da política –, mas não há doutrina abalizada que defenda a atrofia do Judiciário como medida *possível*, ou, até mesmo, *desejável*, dentro do quadro constitucional.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, p. 542.

É certo que a pandemia do coronavírus escancarou – se ainda havia dúvida – o absoluto descompasso entre o catálogo constitucional e a sociedade brasileira. Mas partir dessa premissa para debilitar politicamente o funcionamento do Poder projetado para constranger os avanços arbitrários da política é contrariar o próprio sistema. A Administração tem outros meios à disposição para atender a problemas em sua demanda, e, caso haja necessidade de discussão sobre a questão orçamentária, isso deve ser feito na arena democrática própria, sobretudo aquela que diz respeito *ao diálogo institucional* previsto para deliberação acerca da formulação do orçamento.

Se autonomia funcional significa, como já destacado, o exercício de funções livres de ingerência de qualquer outro órgão do Estado, atrelar o desempenho do Judiciário a atos de conveniência do Executivo definitivamente não se encaixa na definição, pelo contrário, corresponde a evidente violação de sua autonomia e, com isso, também do princípio da separação dos Poderes, tão caro ao constitucionalismo democrático.

4 Aspectos financeiros e orçamentários da PEC nº 287/2020

A autonomia dos Poderes é uma das garantias do sistema constitucional, consagrado na capacidade de elaborar suas próprias propostas orçamentárias (art. 99, §1º, I, da CF/88), nos termos e limites da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e, com a garantia do repasse dos duodécimos (art. 168, CF/88).

O objetivo constitucional pretendido é garantir a legítima separação dos Poderes e a vedação de ingerência ou subordinação financeira, de um poder sobre o outro. A Lei de Diretrizes Orçamentárias deve ser construída conjuntamente com os demais Poderes, de modo harmônico e respeitando-se a autonomia dos Poderes.

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 287/2020 determina que os recursos orçamentários destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria Pública do Estado, incluídos os créditos suplementares e especiais, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 (vinte) de cada mês.

O art. 156, §1º da CERS passará a determinar que a entrega dos recursos deverá ser realizada com base na Receita Corrente Líquida efetivamente arrecadada no mês anterior, obedecida a proporção estabelecida na lei orçamentária anual, até o limite do valor fixado nas respectivas dotações orçamentárias, cabendo aos Poderes, ao Ministério Público e à Defensoria Pública promoverem, por ato próprio e nos montantes necessários, limitação de empenho e movimentação financeira, na forma da lei.

O texto da PEC nº 287/2020 fragiliza a autonomia do Poder Judiciário, tornando-o refém da contabilidade do Poder Executivo, ao determinar que o orçamento tenha por base a Receita Corrente Líquida efetivamente arrecadada.

O texto do atual art. 156 da Constituição Estadual, consentâneo com o art. 168 da Constituição Federal, determina que “os recursos correspondentes às dotações orçamentárias destinados aos órgãos...”.

A PEC pretende alterar o texto para fazer constar que “a entrega dos recursos previstos no *caput* deste artigo deverá ser realizada com base na Receita Corrente Líquida efetivamente arrecadada no mês anterior”.

A diferença é palmar, pois a norma vigente menciona “dotação orçamentária”, o que remete ao art. 47 da Lei nº 4.320/64, que obriga o Poder Executivo a aprovar, imediatamente após a promulgação da Lei de Orçamento e com base nos limites nela fixados, um quadro de cotas trimestrais da despesa que cada unidade orçamentária fica autorizada a utilizar. *Ou seja*, o que tiver sido previsto no Orçamento terá que ser repassado.

Por outro lado, a PEC pretende alterar tais repasses intergovernamentais, transformando o que é uma *dotação prevista no orçamento*, para o *montante que efetivamente for arrecadado*, consubstanciado como *Receita Corrente Líquida*, a qual nos remete ao art. 2º, IV, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00), e que corresponde ao “somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes”, deduzidas (i) as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional, (ii) a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e (iii) as receitas provenientes da compensação financeira pelo ajuste nos sistemas previdenciários, conforme o §9º do art. 201 da Constituição. Além disso, Receita Corrente Líquida será apurada somando-se as receitas arrecadadas no mês em referência e nos onze anteriores, excluídas as duplicidades (§3º).

Em suma: *a PEC pretende que as transferências ocorram em razão do montante que vier a ser arrecadado, e não da dotação prevista*. Isso infringe diversos precedentes do STF, extremamente importantes na análise do caso.

Nesse sentido, a jurisprudência é pacífica em admitir que os repasses dos duodécimos trata-se de uma espécie de *ordem prioritária*, independente de programação financeira ou de fluxo arrecadatário.

Um dos casos mais antigos sobre o tema julgados pelo STF é o MS nº 21.291-AgR-QO, relatado pelo Ministro Celso de Mello em 12.04.1991, no qual foi impetrante a Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, que, por maioria de votos, não teve reconhecida sua *legitimidade ad causam*. O acórdão, contudo, foi objeto da seguinte declaração de direitos, lapidar *obiter dictum*:

O autogoverno da Magistratura tem, na autonomia do Poder Judiciário, o seu fundamento essencial, que se revela verdadeira pedra angular, suporte imprescindível a asseguarção da independência político-institucional dos Juízos e dos Tribunais.

O legislador constituinte, dando consequência a sua clara opção política – verdadeira decisão fundamental concernente a independência da Magistratura – instituiu, no art. 168 de nossa Carta Política, uma típica garantia instrumental, assecuratória da autonomia financeira do Poder Judiciário.

A norma inscrita no art. 168 da Constituição reveste-se de caráter tutelar, concebida que foi para impedir o Executivo de causar, em desfavor do Judiciário, do Legislativo e do Ministério Público um estado de subordinação financeira que comprometesse, pela gestão arbitrária do orçamento – ou, até mesmo, pela injusta recusa de liberar os recursos nele consignados –, a própria independência político-jurídica daquelas Instituições.

Vê-se isso de forma mais assente, com julgamento de mérito, no MS nº 21.540, envolvendo assuntos do Estado de Mato Grosso, julgado em 08.04.1992, de relatoria do Ministro Octávio Galotti, assim ementado:

Repasses duodecimal determinado no art. 168 da Constituição. Garantia de independência, que não está sujeita a programação financeira e ao fluxo da arrecadação. Configura, ao invés, uma ordem de distribuição prioritária (não somente equitativa) de satisfação das dotações orçamentárias, consignadas ao Poder Judiciário. Mandado de segurança deferido, para determinar a efetivação dos repasses, com exclusão dos atrasados relativos ao passado exercício de 1991 (Súmula nº 271).

Observe-se que, nesse caso, o pagamento dos repasses atrasados ficou sujeito a outro tipo de ação, que não o mandado de segurança, por força da Súmula nº 271. Posteriormente, como será demonstrado, foi encontrada outra solução para o MS nº 34.383-RJ.

Precedente importante se verifica no MS nº 22.384, com pertinência ao Estado de Goiás, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, julgado em 14.08.1997, também envolvendo a ausência dos repasses orçamentários entre os Poderes. A decisão ficou assim ementada (excertos):

MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA CONTRA OMISSÃO DE GOVERNADOR DO ESTADO: DOTAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS (REPASSE DOS DUODÉCIMOS) (ART. 168 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

5. O repasse dos duodécimos vencidos antes da impetração, relativos aos meses de setembro e outubro de 1995, já ocorreu, em cumprimento à medida liminar deferida. Assim, também, aquele relativo aos meses subsequentes, ao menos até o de novembro de 1996.

6. Nesses pontos, portanto, o Mandado de Segurança está prejudicado, pois seu objetivo já foi alcançado.

7. No que concerne, porém, aos meses posteriores, de dezembro de 1996, em diante, o MS é deferido, em caráter definitivo, confirmando-se a medida liminar e determinando-se à autoridade coatora que providencie o repasse dos duodécimos, tanto dos que se venceram no curso do processo, quanto dos que se vencerem até o final de seu mandato, sempre até o dia 20 de cada mês.

Observe-se, mais uma vez, a questão da via processual eleita, pois foi necessário distinguir os efeitos patrimoniais passados e futuros em face de ter sido manejado o *mandamus*.

Já nos albores deste século, o Ministro Gilmar Mendes relatou o MS nº 23.267, relativamente ao Estado de Santa Catarina, em 03.04.2003, cuja ementa é sucinta e espelha o caráter assente da jurisprudência acerca do mérito do *thema decidendum*:

Mandado de segurança. 2. Ato omissivo de governador de Estado. 3. Atraso no repasse dos duodécimos correspondentes às dotações orçamentárias do Poder Judiciário. 4. Art. 168 da Constituição Federal. 5. Independência do Poder Judiciário. 6. Precedentes. 7. Deferimento da ordem.

Mais recentemente, em 30.10.2012, o MS nº 31.671-MC, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, envolvendo o Estado do Rio Grande do Norte, seguiu a mesma trilha, ao determinar o imediato repasse dos duodécimos *dotados* no orçamento.

Outro caso paradigmático ocorreu no MS nº 34.383-RJ, julgado em 22.11.2016, de relatoria do Ministro Dias Toffoli. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro insurgiu-se contra ato omissivo do Governador daquele Estado consubstanciado no atraso do repasse dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias do Poder Judiciário, nos termos do art. 168 da CF/88, no qual consta o dever de repasse dos recursos financeiros previstos em lei orçamentária aprovada pela Assembleia Legislativa daquele Estado, obrigatoriamente em duodécimos, até o vigésimo dia de cada mês. Houve queda de arrecadação e o Poder Executivo havia se comprometido a pagar os valores constantes da dotação orçamentária de forma parcelada, tendo feito, porém, através da Receita Corrente Líquida.

No julgado, ficou assente que:

1. O direito prescrito no art. 168 da CF/88 instrumentaliza o postulado da Separação de Poderes e, dessa perspectiva, institui um dos fundamentos essenciais para a permanência do Estado Democrático de Direito, impedindo a sujeição dos demais Poderes e órgãos autônomos da República a arbítrios e ilegalidades perpetradas no âmbito do Poder Executivo respectivo.

2. É dever de cada um dos Poderes, *por ato próprio, proceder aos ajustes necessários, com limitação de empenho (despesa), ante a frustração de receitas que inviabilize o cumprimento de suas obrigações (LC nº 101/2000, art. 9º), operando-se esses ajustes em um ambiente de diálogo institucional*, em que o Poder Executivo sinaliza o montante da frustração de receita – calculada a partir do que fora projetado no momento da edição da lei orçamentária e a receita efetivamente arrecadada no curso do exercício financeiro de referência – e os demais Poderes e *órgãos autônomos da República, no exercício de sua autonomia administrativa, promovem os cortes necessários em suas despesas para adequarem as metas fiscais de sua responsabilidade aos limites constitucionais e legais autorizados, conforme sua conveniência e oportunidade.*

5. Tutela de urgência parcialmente deferida *para assegurar ao Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro o direito de receber, até o dia 20 (vinte) de cada mês, em duodécimos, os recursos correspondentes às dotações orçamentárias*, sendo facultado ao Poder Executivo do referido Estado-membro proceder ao *desconto uniforme* de 19,6% (dezenove inteiros e seis décimos por cento) da *Receita Corrente Líquida* prevista na Lei estadual nº 7.210/2016 (LOA) em sua própria receita e na dos demais Poderes e *órgãos autônomos*, ficando ressalvada a *possibilidade de compensação futura* caso não se demonstre o decesso na arrecadação no “relatório detalhado com todos os recursos que compõem a Receita Corrente Líquida” (Lei estadual nº 7.483/2016, art. 7º, II), ao qual deve ser conferida a mais ampla transparência e publicidade. (grifos nossos)

Restou patente que o repasse deveria ser realizado na forma do art. 168, CF, e que eventuais ajustes ou atrasos deveriam ser objeto de *diálogo interinstitucional*, para recomposição das verbas que deveriam ser transferidas, com base no valor orçado, diverso daquele que é arrecadado.

Destaca-se ainda o tema mencionado no item 5 da ementa, pois esse aspecto retorna à pauta em 2020 na ADI nº 2.238 e pode influenciar na análise desse caso, uma vez que aponta para dois diferentes momentos da execução orçamentária:

- a) ao mesmo tempo que afirma que os repasses devem ser em decorrência dos montantes de *dotações orçamentárias*, isto é, do que consta do *Orçamento*;
- b) permite que os repasses mensais ocorram de acordo com a *Receita Corrente Líquida*, formando uma espécie de conta-corrente para *compensação futura*.

O caso é muito *peculiar*, pois encerrou-se através de acordo firmado entre o Poder Executivo e o Tribunal de Justiça daquele Estado, devidamente homologado pelo STF em 13.12.2016 (Referendo em MS nº 34.383-RJ). Ficou assente que os repasses correntes deveriam obedecer ao art. 168, CF, porém os valores em atraso

poderiam ser retirados do Fundo Especial do Tribunal de Justiça (FETJ), para posterior compensação pelo Executivo. Essa fórmula solucionou o problema dos valores *em atraso*, que não poderiam ser resolvidos pela via estreita do *mandamus*, e que comprometeriam o pagamento dos salários e 13º da magistratura daquele Estado.

Logo, a *solução de compromisso*, fruto do *acordo interinstitucional firmado e homologado*, permitiu o uso da Receita Corrente Líquida *apenas* como uma forma de solucionar o impasse processual que estava ocorrendo em decorrência dos atrasos já ocorridos, *jamaís* como uma forma de relativizar a norma constitucional.

Outro precedente envolve a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, de relatoria do Ministro Edson Fachin, em 03.02.2016. A importância decorre do deslocamento do foco da magistratura, colocando-a em pé de igualdade com os demais órgãos autônomos, que se pretende atingir pela Proposta de Emenda Constitucional estadual nº 287/2020:

No mérito, não há maiores dúvidas sobre a inconstitucionalidade decorrente da omissão do Poder Executivo em realizar o repasse da dotação orçamentária da Defensoria Pública na forma de duodécimos. [...]

Do mesmo modo, dá-se a mesma interpretação teleológica ao artigo 134, §2º, da Constituição Federal, tendo em vista que a autonomia financeira de um órgão responsável por uma das funções essenciais à Justiça significa

(i) a iniciativa de proposta orçamentária em consonância com a Lei de Diretrizes Orçamentárias vigente, a ser consolidada pelo Chefe do Poder Executivo;

(ii) a devida execução da dotação orçamentária que lhe cabe, tal como aprovada pelo Legislativo nas leis orçamentárias; e

(iii) o cumprimento de deveres oriundos da responsabilidade fiscal do Estado, como, por exemplo: o respeito aos limites de despesa com pessoal, previstos nos arts. 169 da Carta Constitucional e 19 da Lei de Responsabilidade Fiscal, assim como a limitação de empenho e movimentação financeira, por ato próprio e nos montantes necessários, na hipótese da realização da receita não comportar o cumprimento das metas fiscais ao final de cada bimestre, nos termos do art. 9º da LC nº 101.

Por fim, deixando de lado outras importantes decisões nessa trajetória, existe o julgamento da ADI nº 2.238, realizada em 22.06.2020, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, cujo acórdão ainda não foi lavrado, mas que, conforme Extrato do Julgamento, identifica-se que sobre o tema foi fixada “interpretação conforme”:

no sentido de que a limitação dos valores financeiros pelo Executivo, prevista no §3º do art. 9º, dar-se-á no limite do orçamento realizado no ente federativo respectivo e observada a exigência de desconto linear e uniforme da Receita Corrente Líquida prevista na lei orçamentária, com a possibilidade de arresto nas contas do ente federativo respectivo no

caso de desrespeito à regra do art. 168 da Constituição Federal/1988 (repassa até o dia 20 de cada mês).

Embora não tenha sido ainda proferido o acórdão referente a essa decisão (ADI nº 2.238), ao mencionar a expressão *Receita Corrente Líquida*, ao que tudo indica, aponta *no sentido estabelecido no MS nº 34.383-RJ*, julgado em 13.12.16, acima mencionado, em especial no que se refere ao item 5 da ementa, conforme comentários efetuados.

O fato é que nas *três décadas de vigência do art. 168 da Constituição Federal*, as decisões do STF nos conflitos entre os Poderes, no âmbito de diferentes Estados, confirmam que sua interpretação é feita no sentido de que os *repasses devem ser realizados consoante as dotações orçamentárias, e não consoante a Receita Corrente Líquida*.

Portanto, o texto da PEC é inconstitucional ao fragilizar a autonomia financeira do Poder Judiciário e gerar insegurança ao determinar que a entrega dos recursos será definida com base no valor efetivamente arrecadado no mês anterior. O Poder Judiciário teria um orçamento frágil e dependente dos valores calculados pelo Poder Executivo, gerando um debate interminável sobre as contas efetivas.

A proposta de vincular os repasses constitucionais à Receita Corrente Líquida do mês antecedente viola a separação harmônica e respeitosa entre os Poderes e, mais grave, pode significar uma violação à integridade das funções do Poder Judiciário, dado que fragiliza a programação financeira das atividades próprias.

5 Autonomia do Poder Judiciário, separação de Poderes e limites ao poder de reforma da Constituição

As já apontadas inconstitucionalidades, em especial a violação, pela PEC nº 297/20, da garantia institucional da autonomia e independência do Poder Judiciário, e, com isso, também a afronta ao princípio da separação dos Poderes implicam flagrante ofensa a limites materiais ao poder de reforma constitucional.

Relembre-se, nesse contexto, que as constituições dos estados-membros da Federação reproduzem, no tocante à separação dos Poderes, o mesmo texto da Constituição Federal de 1988, designadamente, o disposto no seu artigo 2º (São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário), apenas o adequando no que diz com o ente federativo. É o caso também da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 03.10.1989, cujo artigo 5º prescreve que “são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Além disso, é de se enfatizar que, a despeito da existência de regras nas constituições estaduais sobre a reforma constitucional e seus limites, como é o

caso do artigo 58 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, tais regras restringem-se aos assim chamados formais (procedimentais), circunstanciais e temporais, não incluindo os limites materiais, as assim chamadas “cláusulas pétreas”, porquanto essas, por simetria, são as previstas na CF (artigo 60, §4º), entre as quais o princípio da separação dos Poderes (artigo 60, §4º, inciso II), que, aliás, integra o elenco dos limites materiais desde a Constituição Federal de 1891.

Nessa perspectiva, é voz corrente também na doutrina brasileira que uma reforma constitucional não poderá jamais ameaçar a identidade e continuidade da Constituição, de tal sorte que a existência de limites materiais expressos exerce função de proteção, obstaculizando não apenas a destruição da ordem constitucional, mas, além disso, vedando também a reforma de seus elementos essenciais.⁶

A prova da íntima relação entre os limites materiais à reforma constitucional e a identidade⁷ da Constituição reside no fato de que, em regra, os princípios fundamentais – entre os quais o da separação dos Poderes assume papel de destaque –, os direitos fundamentais bem como a forma de Estado e de governo encontram-se sob o manto dessa especial proteção contra sua alteração e esvaziamento por parte do Poder Constituinte Reformador,⁸ o que também ocorre na CF.

De acordo com Gilmar Mendes, o fato de o constituinte (Poder Constituinte Originário) ter considerado certos conteúdos tão relevantes a ponto de colocá-los sob a proteção das “cláusulas pétreas”, leva à constatação de que justamente nesses dispositivos encontram-se ancorados os elementos e princípios essenciais da ordem constitucional.⁹

No que diz com o alcance da proteção outorgada pelos limites materiais (expressos e implícitos) à reforma constitucional, há que atentar, desde logo, para o fato de que o enunciado da norma contida no art. 60, §4º, da nossa Constituição (“não serão objeto de deliberação propostas de emenda tendentes a abolir...”), deixa antever duas diretrizes: a) não apenas as alterações da Constituição que objetivam a supressão dos princípios guindados à condição de “cláusula pétrea”,

⁶ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade. Possibilidade jurídica de sua superação. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS)*, n. 60, 1994, p. 250.

⁷ A respeito da identidade constitucional e do problema de sua permanente construção e reconstrução, v. o contributo instigante de ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. Muito embora a análise do autor, efetuada especialmente a partir de referenciais da filosofia de Hegel e da psicanálise de Lacan e Freud, transcenda os aspectos vinculados à problemática da reforma constitucional.

⁸ De acordo com a pertinente observação de MENDES, Gilmar Ferreira. Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade. Possibilidade jurídica de sua superação, *op. cit.*, p. 251, quando o Constituinte considerou determinados conteúdos da Constituição tão relevantes a ponto de colocá-los sob a proteção das assim denominadas “cláusulas pétreas”, é possível partir-se do pressuposto de que justamente nesses dispositivos se encontram ancorados os elementos e princípios essenciais da ordem constitucional.

⁹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade. Possibilidade jurídica de sua superação, *op. cit.*, p. 251.

mas também as que revelam uma tendência à sua supressão se encontram vedadas; b) os projetos de emenda que atentam contra esses mandamentos sequer poderão ser apreciados e votados pelo Congresso, de tal sorte que, mesmo antes de sua promulgação, viabiliza-se o controle jurisdicional de sua constitucionalidade.¹⁰

A garantia de determinados conteúdos constitucionais por meio da previsão das assim denominadas “cláusulas pétreas” assume, desde logo, uma dúplici função, visto que protege os conteúdos que compõem a identidade (a essência) da Constituição, embora tal proteção tenha o condão apenas de assegurar esses conteúdos quanto aos seus elementos nucleares, não excluindo desenvolvimentos ou modificações, desde que preservem os princípios naqueles contidos.¹¹

De acordo com a lição da doutrina majoritária, as “cláusulas pétreas” de uma Constituição não objetivam a proteção dos dispositivos constitucionais em si, mas, sim, dos princípios (e regras) neles plasmados, não podendo os mesmos ser esvaziados por uma reforma constitucional.¹² Nesse sentido, é possível sustentar que as “cláusulas pétreas” contêm, em regra, uma proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais.¹³ Mera modificação no enunciado do dispositivo não conduz, portanto, necessariamente a uma inconstitucionalidade, desde que preservado o sentido do preceito e não afetada a essência (núcleo essencial) do princípio objeto da proteção.¹⁴

Por núcleo essencial dos direitos e dos princípios fundamentais estruturantes poderá considerar-se, de acordo com o entendimento de Klaus Stern, recolhido por Flávio Novelli, os elementos que constituem “a própria substância, os fundamentos, os elementos ou componentes deles inseparáveis, eles verdadeiramente inerentes,

¹⁰ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 438 *et seq.* A respeito da possibilidade de controlar-se a constitucionalidade de uma emenda à Constituição mesmo no decorrer de sua apreciação pelo Congresso, já encontramos posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, v. especialmente o voto prolatado pelo Ministro Moreira Alves, por ocasião do julgamento ocorrido em 08.10.1980 (RTJ n. 99 [1980], p. 1040). Mais recentemente, já sob a égide da Constituição vigente, a possibilidade de controle prévio da constitucionalidade das emendas à Constituição foi reiterada por ocasião do julgamento da ADIN nº 466-2/DF, ocorrido em 03.04.1991, quando, apesar de rechaçar-se a viabilidade do controle abstrato preventivo, não se excluiu eventual controle concreto, no caso, mediante a impetração de mandado de segurança, a exemplo do que ocorreu com a decisão anterior citada.

¹¹ Cf. KIRCHHOF, Paul. Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, *op. cit.*, p. 802. Entre nós, v., desenvolvendo o tópico e trilhando esta linha argumentativa, PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*, *op. cit.*, p. 169 *et seq.*

¹² Cf. lição de MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, *op. cit.*, p. 155.

¹³ Cf. a oportuna ponderação de MENDES, Gilmar Ferreira. Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade. Possibilidade jurídica de sua superação, *op. cit.* p. 251, arrimado na doutrina de Bryde. No mesmo sentido, v. a posição de ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 214.

¹⁴ Neste sentido, v., MENDES, Gilmar Ferreira. Plebiscito: EC nº 2/92 (Parecer). *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 7, 1994, p. 120.

por isso que integrantes de sua estrutura e do seu tipo, conforme os define a Constituição”, isto é, seus elementos essenciais, e não meramente acidentais.¹⁵

Note-se, já à vista do exposto, que a autonomia administrativa, financeira e a independência funcional do Poder Judiciário (e, nesse contexto, as garantias funcionais da Magistratura), tal como já demonstrado, consistem precisamente no núcleo essencial intocável do princípio da separação dos Poderes.¹⁶

Seguindo sua orientação anterior, o STF, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, segue decidindo que as limitações materiais ao poder de reforma constitucional não significam uma intangibilidade literal, mas sim – como no presente caso – a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação é assegurada pelas “cláusulas pétreas”.¹⁷

No concernente à separação dos Poderes, é de invocar a decisão do STF no julgamento da medida cautelar na ADI nº 5.316-DF, Relator Ministro Luiz Fux, tendo por objeto a declaração de inconstitucionalidade da EC nº 88/2015, ocasião na qual o STF, provocado pela Associação dos Magistrados do Brasil, entendeu que a imposição de uma nova sabatina aos Ministros nomeados quando completassem 70 anos viola o núcleo essencial do princípio da separação dos Poderes, visto afetar e comprometer diretamente a independência do Poder Judiciário e de seus integrantes.¹⁸

Também ingerências na autonomia financeiro-orçamentária do Poder Judiciário (seja por emendas à CF, seja por emendas às constituições dos estados-membros) têm sido reiteradamente reconhecidas, pelo STF, como representando violação da cláusula pétrea da separação dos Poderes.¹⁹

6 Respostas aos quesitos

Feitas as considerações acima, passa-se a responder aos quesitos formulados.

1º Quesito: Do ponto de vista de sua legitimidade jurídica, a PEC nº 287/2020, considerando o disposto no artigo 168 da CF, afronta a unidade do Poder Judiciário nacional e, além disso, a garantia da autonomia e independência do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul?

¹⁵ Cf. NOVELLI, Flávio Bauer. Norma constitucional inconstitucional?. A propósito do art. 2º. §2º, da EC nº 3/93, *op. cit.*, p. 82.

¹⁶ Sobre a reforma constitucional, o princípio da separação dos Poderes e a garantia da independência e autonomia do Poder Judiciário, v., especialmente, SILVEIRA, José Néri da. A reforma constitucional e o controle de sua constitucionalidade, *op. cit.*, p. 210 *et seq.*

¹⁷ Cf. julgamento na ADI nº 2.024/DF, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

¹⁸ Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 5.316-DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 21.05.2015, na esteira de precedentes como o do MS nº 30.585, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 12.09.2012 e da ADI 2356-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 25.11.2010.

¹⁹ Em caráter ilustrativo, v. a ADI nº 170-RN, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 11.04.2019, bem como a ADI nº 1.333-RS, Rel. Ministra Cármen Lúcia, julgado em 20.10.2014.

Resposta 1: Sim. À luz das considerações tecidas no item próprio do parecer, a PEC nº 287/2020 afronta a unidade do Poder Judiciário nacional e, além disso, a sua autonomia e independência, garantidas pela CF.

2º Quesito: A PEC nº 287/2020, que propõe alteração da redação do art. 156 da CERS, sem prejuízo de ser inconstitucional (ou não) já por força da resposta ao primeiro quesito, viola o princípio da separação de Poderes?

Resposta 2: Sim. A PEC nº 287/2020 viola frontalmente o princípio da separação dos Poderes, justamente pelo fato de implicar afronta inequívoca à autonomia e independência do Poder Judiciário, nas diversas dimensões referidas nos comentários relativos ao primeiro ponto.

3º Quesito: A jurisprudência jusfinanceira do STF permite o uso da Receita Corrente Líquida – RCL para operacionalizar os repasses previstos no art. 168, CF?

Resposta 3: Não. As decisões do STF, nas três décadas em que examina a matéria, são sempre no sentido de afirmar que as dotações previstas no art. 168, CF, devem se pautar pelas dotações orçamentárias e não pela Receita Corrente Líquida.

Porto Alegre e São Paulo, 17 de agosto de 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SARLET, Ingo; STRECK, Lenio; CALIENDO, Paulo; SCAFF, Fernando Facury; MAFFINI, Rafael Da Cás. Parecer sobre autonomia financeira do Poder Judiciário em face da PEC nº 287/2020 à Constituição Estadual do Rio Grande do Sul. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 17, p. 19-36, mar./ago. 2020.
