

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): A questão constitucional debatida na presente ação cinge-se a saber se a Lei Complementar 147/2013, do Estado do Rio de Janeiro, e suas alterações posteriores, a qual dispõe sobre a utilização dos valores de depósitos judiciais pelo Estado do Rio de Janeiro, viola os artigos 5º, *caput* ; 22, I; 96, I; 100, *caput* ; 148; 168; 170, II; e 192 da Constituição Federal.

A matéria impugnada, no entanto, é de interesse de todos os entes da federação. Antes da promulgação das Emendas Constitucionais 94 e 99, quase a totalidade dos Estados publicaram leis assemelhadas.

Contra referidas leis, inclusive, foram ajuizadas várias ações diretas de inconstitucionalidade: ADI 5.080, Lei do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Luiz Fux; ADI 5.099, Lei do Paraná, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia; ADI 5.375, Lei de Sergipe, de relatoria do Ministro Marco Aurélio; ADI 5.392, Lei do Piauí, de relatoria da Ministra Rosa Weber; ADI 5.361, Lei Complementar Federal 151/2015, de relatoria do Ministro Celso de Mello; ADI 5.353, Lei de Minas Gerais, relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; ADI 5.365, Lei da Paraíba, relatoria do Ministro Roberto Barroso; ADI 5.409, Lei da Bahia, relatoria do Ministro Edson Fachin.

Com base nos dados colhidos na Audiência Pública, nas informações encaminhadas pelo Conselho Nacional de Justiça e pelos Tribunais de Justiça dos Estados e nas decisões desta Corte sobre o tema, entendo que podemos, inicialmente, distinguir três hipóteses distintas:

1º) a utilização, pelo Poder Executivo, de valores correspondentes a depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e seus acessórios;

2º) a utilização, pelo Poder Executivo, de valores correspondentes a depósitos judiciais e extrajudiciais não tributários, mas em que o ente federado é parte interessada;

3º) a utilização, pelo Poder Executivo, de valores correspondentes a depósitos judiciais de terceiros, ou seja, em que o ente federado não é parte interessada.

A **primeira hipótese** , depósitos judiciais e extrajudiciais de valores referentes a tributos, tem previsão na legislação federal.

A Lei 9.703/98 determina que a Caixa Econômica Federal repasse a totalidade dos valores relativos aos depósitos judiciais e extrajudiciais de **tributos e contribuições federais** , inclusive seus acessórios, para a Conta Única do Tesouro Nacional. Em caso de devolução ao contribuinte, os valores devidos são repassados pela Caixa, que debitará à Conta Única do Tesouro Nacional, em subconta de restituição.

As Leis 11.429/2006 e 10.819/2003 disciplinavam, respectivamente, os depósitos judiciais de **tributos** e seus acessórios no âmbito **dos Estados e dos Municípios** , permitindo que 70% dos valores fossem repassados pela instituição financeira oficial ao Chefe do Poder Executivo, mediante a criação de fundo de reserva. Essas leis foram expressamente revogadas pela Lei Complementar 151/2015, que continuou possibilitando a transferência dos depósitos judiciais de tributos aos Estados e Municípios no mesmo percentual de 70%.

Com base nas legislações revogadas, vários Estados e Municípios regulamentaram, em suas esferas, a utilização dos valores dos depósitos judiciais tributários de sua competência. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a Lei Complementar 119/2007 dispõe sobre os depósitos judiciais e extrajudiciais referentes a tributos e seus acessórios, determinando o repasse ao Chefe do Poder Executivo do percentual de 70% dos valores depositados.

Esta Corte, inclusive, já teve a oportunidade de se debruçar sobre o tema. Quando do julgamento da ADI 1.933, de relatoria do Ministro Eros Grau, declarou a constitucionalidade da Lei Federal 9.703/98, afastando as alegações de iniciativa do Poder Judiciário e de configuração de confisco ou empréstimo compulsório, nos seguintes termos:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL N. 9.703/98, QUE DISPÕE SOBRE DEPÓSITOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS DE VALORES REFERENTES A TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES FEDERAIS. MEDIDA LIMINAR ANTERIORMENTE CONCEDIDA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 2º, 5º, CAPUT E INCISO LIV, DA

CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Ausência de violação do princípio da harmonia entre os poderes. A recepção e a administração dos depósitos judiciais não consubstanciam atividade jurisdicional. 2. Ausência de violação do princípio do devido processo legal. O levantamento dos depósitos judiciais após o trânsito em julgado da decisão não inova no ordenamento. 3. Esta Corte afirmou anteriormente que o ato normativo que dispõe sobre depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos não caracteriza confisco ou empréstimo compulsório. ADI/MC n. 2.214. 4. O depósito judicial consubstancia faculdade do contribuinte. Não se confunde com o empréstimo compulsório. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.” (ADI 1.933, Min. Eros Grau, Plenário, DJ 03.09.2010)

A utilização dos depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos estaduais pelo Poder Executivo também foi chancelada pelo STF ao julgar a medida cautelar na ADI 2.214, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 1.952, DE 19 DE MARÇO DE 1999, DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL, QUE ‘DISPÕE SOBRE OS DEPÓSITOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS DE TRIBUTOS ESTADUAIS’. CONFISCO E EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO: NÃO-OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ATO JURÍDICO PERFEITO. PRECEDENTE. 2. Lei 1.952, de 19 de março de 1999, do Estado do Mato Grosso do Sul, que transfere os depósitos judiciais, referentes a tributos estaduais, à conta do erário da unidade federada. Não-ocorrência de violação aos princípios constitucionais da separação dos Poderes, da isonomia e do devido processo legal (CF, artigos 2º e 5º, caput e inciso LIV), e ao artigo 148, I e II, da Carta Federal. 3. Incólume permanece o princípio da separação dos Poderes, porquanto os depósitos judiciais não são atos submetidos à atividade jurisdicional, tendo natureza administrativa, da mesma forma que os precatórios. 4. A isonomia é resguardada, visto que a Lei estadual prevê a aplicação da taxa SELIC, que traduz rigorosa igualdade de tratamento entre o contribuinte e o Fisco. 5. Devolução do depósito após o trânsito em julgado já prevista no artigo 32 da Lei de Execuções Fiscais – Lei 6.830, de 22 de dezembro de 1988. Inexistência de ofensa ao princípio do devido processo legal. 6. O depósito judicial, sendo uma faculdade do contribuinte a ser exercida ou não, dependendo de sua vontade, não tem característica de empréstimo compulsório, nem índole confiscatória (CF, artigo 150, IV), pois o mesmo valor corrigido

monetariamente lhe será restituído se vencedor na ação, rendendo juros com taxa de melhor aproveitamento do que à época anterior à vigência da norma. 7. A exigência de lei complementar prevista no artigo 146, III, b, da Carta da República não se estende a simples regras que disciplinam os depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos, sem interferir na sua natureza. Pedido de medida cautelar indeferido.” (ADI 2214 MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19/04/2002)

Considerando que a Lei Complementar 147/2013 expressamente exclui sua aplicação para o caso dos depósitos transferidos nos termos da Lei Complementar 119/2007 (art. 1º, §1º), não avançarei no exame da hipótese de transferência de depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos, que será oportunamente analisada quando do julgamento das ADIs 5.361 e 5.463, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que impugnam os artigos 2º a 11 da Lei Complementar 151/2007.

A **segunda hipótese** que mencionei, transferência dos valores correspondentes aos depósitos judiciais e administrativos em que a fazenda dos Estados ou do Distrito Federal seja parte, foi prevista na Lei Federal 10.482/2002:

“Art. 1º Os depósitos judiciais e extrajudiciais de valores referentes a processos litigiosos ou administrativos em que a Fazenda dos Estados ou do Distrito Federal seja parte, efetuados no período de 1º de janeiro de 2001 à véspera da publicação desta Lei, inclusive os valores relativos a tributos inscritos em dívida ativa e respectivos acessórios, poderão ser repassados pela instituição financeira depositária à conta única de cada Estado ou do Distrito Federal, até o limite de cinquenta por cento dos depósitos existentes na data de publicação desta Lei, na instituição financeira que efetuar o repasse.”

Essa possibilidade, revogada pela Lei 11.429/2006, voltou a ser prevista pela Lei Complementar 151, de 2015, que a estendeu, ainda, aos Municípios:

“Art. 2º Os depósitos judiciais e administrativos em dinheiro referentes a processos judiciais e administrativos, tributários ou não tributários, nos quais o Estado, o Distrito Federal ou os Municípios sejam parte, deverão ser efetuados em instituição financeira oficial federal, estadual ou distrital.

Art. 3º A instituição financeira oficial transferirá para a conta única do Tesouro do Estado, do Distrito Federal ou do Município 70%

(setenta por cento) do valor atualizado dos depósitos referentes aos processos judiciais e administrativos de que trata o art. 2º, bem como os respectivos acessórios.”

A **terceira hipótese**, utilização dos valores de depósitos judiciais de terceiros, não encontra previsão na legislação federal.

Também aqui o Supremo Tribunal Federal já foi chamado a se pronunciar em duas oportunidades.

Ao analisar a Lei 15.010, do Estado de Goiás, que criou um “Sistema de conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais”, possibilitando que os valores fossem transferidos para a Conta Única do Estado, esta Corte entendeu que a matéria seria de iniciativa do Poder Judiciário e que violava o princípio da separação dos poderes atribuir a administração desses recursos ao Poder Executivo:

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

que afirma a interdependência --- independência e harmonia --- entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. 4. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 15.010, do Estado de Goiás. O Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para dar efetividade à decisão 60 (sessenta) dias após a publicação do acórdão.” (ADI 3.458-8, Rel. Ministro Eros Grau, DJe 15.5.2008)

No entanto, em um segundo momento, ao analisar legislações de iniciativa do Poder Judiciário estadual que criavam uma espécie de “Sistema Financeiro de Conta Única de Depósitos”, cuja finalidade era permitir que o Poder Judiciário se aproveitasse do *spread* bancário (isto é, a diferença entre a taxa de aplicação e a taxa de captação dos bancos), este Tribunal reviu seu posicionamento.

Ao julgar as ADIs 3.125, 2.909 e 2.855, consignou não caber ao Judiciário a iniciativa de lei para gerenciamento dos depósitos judiciais. A ADI 2.855, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, restou assim ementada:

“DEPÓSITOS JUDICIAIS – INICIATIVA DE LEI. Ao Judiciário não cabe a iniciativa de lei visando disciplinar o Sistema Financeiro de Conta Única de Depósitos. DEPÓSITOS JUDICIAIS – DIFERENÇA ENTRE A REMUNERAÇÃO DAS CONTAS E RENDIMENTO PREVISTO EM LEI – UTILIZAÇÃO PELO JUDICIÁRIO. Surge conflitante com a Carta da República lei do Estado, de iniciativa do Judiciário, a dispor sobre Sistema Financeiro de Conta Única de Depósitos Judiciais com aporte de diferença de acessórios em benefício do Poder Judiciário.” (ADI 2.855, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 20/5/2010)

Ressalto, portanto, analisadas brevemente as três hipóteses acima, que o objeto desta ação direta de inconstitucionalidade, a Lei Complementar 147 /2013, e suas alterações posteriores, abrange apenas as duas últimas hipóteses:

“Art. 1º Os depósitos judiciais e extrajudiciais em dinheiro, existentes no Banco do Brasil, na data da publicação desta Lei Complementar, bem como os respectivos acessórios e os depósitos que vierem a ser feitos, poderão ser transferidos até a proporção total de 62,5% (sessenta e dois inteiros e cinco décimos por cento) de seu valor atualizado, para os fins abaixo elencados, nas seguintes proporções:

I – até o limite de 25% (vinte e cinco) para conta vinculada destinada ao pagamento de precatórios e de requisições judiciais de pequeno valor, observada a ordem prevista na Constituição Federal;

II – até o limite de 37,5% (trinta e sete inteiros e cinco décimos por cento) exclusivamente para a capitalização, pelo Estado, do Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro – RIOPREVIDÊNCIA.”

Cabe, então, examinar se a lei complementar estadual, ao permitir a utilização dos depósitos judiciais pelo Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, viola os artigos 22, I e VII; 96, I; 192; 163; 165; 167; 149; 5º, caput; 170, II, da CF.

É verdade que a hipótese de utilização de depósitos de terceiros passou a ser prevista nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, a partir da Emenda Constitucional 94, de 2016, com as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 99, de 2017. Assim, o art. 101 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passou a instituir novo regime especial de pagamento de precatórios, permitindo a utilização de 30% dos depósitos judiciais de terceiros, nos seguintes termos:

“§ 2º O débito de precatórios será pago com recursos orçamentários próprios provenientes das fontes de receita corrente líquida referidas no § 1º deste artigo e, adicionalmente, poderão ser utilizados recursos dos seguintes instrumentos:

I – até 75% (setenta e cinco por cento) dos depósitos judiciais e dos depósitos administrativos em dinheiro referentes a processos judiciais ou administrativos, tributários ou não tributários, nos quais sejam parte os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, e as respectivas autarquias, fundações e empresas estatais dependentes, mediante a instituição de fundo garantidor em montante equivalente a 1/3 (um terço) dos recursos levantados, constituído pela parcela restante dos depósitos judiciais e remunerado pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais, nunca inferior aos índices e critérios aplicados aos depósitos levantados;

II – **até 30% (trinta por cento) dos demais depósitos judiciais da localidade sob jurisdição do respectivo Tribunal de Justiça**, mediante instituição de fundo garantidor em montante equivalente aos recursos levantados, constituído pela parcela restante dos depósitos judiciais e remunerado pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e

de Custódia (Selic) para títulos federais, nunca inferior aos índices e critérios aplicados aos depósitos levantados, destinando-se: composto pela parcela restante dos depósitos judiciais, destinando-se:

a) no caso do Distrito Federal, 100% (cem por cento) desses recursos ao próprio Distrito Federal;

b) no caso dos Estados, 50% (cinquenta por cento) desses recursos para o próprio Estado e 50% (cinquenta por cento) aos respectivos Municípios, conforme a circunscrição judiciária onde estão depositados os recursos, e, se houver mais de um Município na mesma circunscrição judiciária, os recursos serão rateados entre os Municípios concorrentes, proporcionalmente às respectivas populações, utilizado como referência o último levantamento censitário ou a mais recente estimativa populacional da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE);

III – empréstimos, excetuados para esse fim os limites de endividamento de que tratam os incisos VI e VII do caput do art. 52 da Constituição Federal e quaisquer outros limites de endividamento previstos em lei, não se aplicando a esses empréstimos a vedação de vinculação de receita prevista no inciso IV do caput do art. 167 da Constituição Federal;

IV – a totalidade dos depósitos em precatórios e requisições diretas de pagamento de obrigações de pequeno valor efetuados até 31 de dezembro de 2009 e ainda não levantados, com o cancelamento dos respectivos requisitórios e a baixa das obrigações, assegurada a revalidação dos requisitórios pelos juízos dos processos perante os Tribunais, a requerimento dos credores e após a oitiva da entidade devedora, mantidas a posição de ordem cronológica original e a remuneração de todo o período.”

No entanto, a previsão constitucional tem caráter transitório, sendo aplicável aos entes que se encontravam em mora em 25 de março de 2015, para que quitem seus débitos até 31 de dezembro de 2024.

I - Da Inconstitucionalidade Formal:

No que tange à alegação de inconstitucionalidade formal, não raras vezes surgem dúvidas sobre os limites de competência legislativa dos entes federados, tendo em vista os critérios utilizados pelo próprio constituinte na sua definição e na aparente vinculação de uma determinada matéria a mais de um tipo de competência.

Para aferir-se à qual catálogo de competências recai uma questão específica e, portanto, determinar-se quem possui prerrogativa para legislar

sobre um assunto, deve ser feita uma **subsunção** da lei em relação aos artigos constitucionais que estabelecem os limites legiferantes de cada ente federado – ou seja, artigos 22, 23 e 24 da Constituição Federal. Essa verificação é feita a partir de critérios interpretativos.

Nos termos do lecionado por Christoph Degenhart, o texto constitucional, ao descrever determinada matéria no catálogo de competências, pode elencar questões genéricas do cotidiano como “floresta”, “caça”, “pesca”, “fauna”, “conservação da natureza” (art. 24, VI, da Constituição Federal) ou referir-se a campos específicos do Direito – como “direito civil”, “direito penal”, “direito marítimo” (art. 22, I, da Constituição Federal). (DEGENHART, Christoph, *Staatsrecht, I*, Heidelberg, 22ª edição, 2006, p. 56-60).

Ao ser constatada uma aparente incidência de determinado assunto a mais de um tipo de competência, deve-se realizar interpretação que leve em consideração duas premissas: a intensidade da relação da situação fática normatizada com a estrutura básica descrita no tipo da competência em análise e, além disso, o fim primário a que se destina esta norma, que possui direta relação com o *princípio da predominância de interesses*. (DEGENHART, Christoph. *Staatsrecht, I*, Heidelberg, 22ª edição, 2006, p. 56-60).

No presente caso, alega-se que a Lei Complementar Estadual versaria sobre direito civil e processual, matéria de iniciativa legislativa dos Tribunais de Justiça, empréstimo compulsório e sistema financeiro nacional. A esses, podemos acrescentar: política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores. O Estado do Rio de Janeiro, por outro lado, sustenta tratar-se de matéria de direito financeiro e orçamento, portanto, de competência concorrente.

1) Iniciativa legislativa dos Tribunais de Justiça (art. 96, I, CF)

Inicialmente, cabe afastar a alegação de afronta à iniciativa legislativa dos Tribunais de Justiça.

É bem verdade que, na ADI 3.458, de relatoria do Ministro Eros Grau, esta Corte entendeu serem de iniciativa do Poder Judiciário projetos de lei relativos ao Sistema de Conta Única de Depósitos Judiciais.

No entanto, este posicionamento foi superado pelo Supremo no julgamento da ADI 1.933, também de relatoria do Ministro Eros Grau. Na

oportunidade, o relator consignou que “ a recepção e a administração dos depósitos judiciais não consubstanciarão atividade jurisdicional ”, o que já havia sido definido na ADI 2.214, conforme se extrai do seguinte trecho do voto do relator, Ministro Maurício Corrêa:

“(…) Incólume permanece o princípio da separação dos Poderes, porquanto os depósitos judiciais não são atos submetidos à atividade jurisdicional, tendo natureza administrativa, da mesma forma que os precatórios. (…)”.

Idêntico entendimento foi adotado pelo plenário do STF ao julgar a ADI 2.855, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, e as ADIs 2.909 e 3.125, de relatoria do Ministro Ayres Britto. Portanto, não há que se falar em iniciativa legislativa dos Tribunais para regulamentar o uso dos depósitos judiciais.

2) Competência da União para legislar sobre direito civil e processual (art. 22, I, CF)

Quanto à alegação de violação à competência da União para legislar sobre direito civil e processual, entendo que, de fato, a disciplina dos contratos de depósito segue o disposto nos artigos 627 a 652 do Código de Direito Civil.

O contrato de depósito caracteriza-se pela tradição de uma coisa móvel com a finalidade de guarda da coisa. Assim, o depositário é responsável pela guarda e conservação da coisa alheia, visando garantir a posterior devolução.

O depósito poderá ser voluntário ou necessário, sendo necessário o que se faz em desempenho de obrigação legal (depósito legal) ou por circunstâncias imperiosas (depósito miserável). Nos termos do art. 648 do Código Civil, o depósito legal rege-se pela respectiva lei e, suplementarmente, pelas normas aplicáveis aos depósitos voluntários.

O Código Civil expressamente se refere ao depósito judicial nos artigos 334, 506, 635 e 1084, § 2º. O próprio depósito judicial não deixa de ser uma forma de depósito legal, como observa Nelson Rosenvald:

“(…), o ordenamento jurídico disciplina uma série de hipóteses de interesse público que recomendam a apreensão de bens, seguida do depósito judicial – que, à toda evidência, não deixa de ser uma forma de depósito legal. O depositário judicial é auxiliar do juiz (art. 148 do

CPC) e exercerá importante função de guarda e conservação de bens penhorados, arrestados e sequestrados.” (ROSENVALD, Nelson; In: Código Civil Comentado. Coordenador Ministro Cezar Peluso. 9ª. Edição. Barueri, SP: Manoel, 2015, p. 650.)

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015, ao repetir o art. 1.219 do Código de 1973, estabelece em seu artigo 1.058 a competência do juiz para movimentar a conta:

“Art. 1.058. Em todos os casos em que houver recolhimento de importância em dinheiro, esta será depositada em nome da parte ou do interessado, em conta especial movimentada por ordem do juiz, nos termos do art. 840, inciso I.”

O art. 1.058 remete ao art. 840, I, do novo CPC, que determina o depósito em dinheiro, preferencialmente, no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal ou em banco oficial ou, na falta deste, em instituição designada pelo juiz.

O Supremo, como já referido, posicionou-se pela competência legislativa da União nessa matéria, com base no art. 22, I, da CF, ao julgar as ADIs 2.855, 2.909 e 3.125. Entendeu que lei que trata de depósitos judiciais é de competência legislativa da União, nos seguintes termos:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 2.759, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2002, DO ESTADO DO AMAZONAS. INSTITUIÇÃO DE SISTEMA DE CONTA ÚNICA DE DEPÓSITOS JUDICIAIS. VÍCIOS DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. RECONHECIMENTO. 1. É inconstitucional, por extravasar os lindes do inciso II do art. 96 da Constituição Federal, lei que institui Sistema de Conta Única de Depósitos Judiciais, fixa a destinação dos rendimentos líquidos decorrentes da aplicação dos depósitos no mercado financeiro e atribui ao Poder Judiciário a coordenação e o controle das atividades inerentes à administração financeira desse sistema. Matéria que não se encontra entre aquelas reservadas à iniciativa legislativa do Poder Judiciário. 2. **Lei que versa sobre depósitos judiciais é de competência legislativa exclusiva da União, por tratar de matéria processual (inciso I do art. 22 da Constituição Federal)**. Precedente: ADI 3.458, da relatoria do Ministro Eros Grau. 3. Ação que se julga procedente. (ADI 3.125, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 18.06.2010)”

Conforme consignado pela Procuradoria-Geral da República, a lei impugnada interfere na relação jurídica que se estabelece entre depositante, depositário e juiz. Nesse sentido, indicou que:

“A manifestação precedente da PGR e passagem anterior deste texto já demonstraram que a lei estadual não apenas dispôs sobre os depósitos judiciais, mas sobretudo alterou a essência dessa relação jurídica, tal como tratada no direito federal, quer seja ele o CPC, quer seja o CC. Em ambos, o depósito presta-se sempre à adoção de medidas de conservação da coisa, para posterior restituição a seu titular. Nada disso ocorre na nova modalidade de depósito, inventada pelo estado em causa própria. Nela se tem, na verdade, a transformação do crédito posto a salvo em instituição integrante do sistema financeiro nacional, em solidariedade com o poder público, em obrigação exigível apenas do estado, num sistema marginal de gestão de fluxo de capital e de risco.” (E-doc 724)

As disputas judiciais entre Banco do Brasil e Estados, bem como a nota distribuída pelo Banco Central demonstram a necessidade de definição, por legislação federal, do real depositário dos valores nos casos da lei impugnada, com todas as consequências jurídicas daí decorrentes.

Ora, o Estado acaba por se utilizar do sistema bancário para operacionalizar os depósitos judiciais e extrajudiciais, interferindo em seu funcionamento.

Nesse sentido, inclusive, o Banco Central juntou aos autos o Parecer Jurídico 4/2016-BCB/PGBC, que analisa o reflexo dessas legislações sobre as estruturas de gerenciamento de capital e de risco que devem ser implementadas pelas instituições financeiras, consoante a regulamentação estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil. Destacando a inexistência de comando legal que exclua a responsabilidade das instituições financeiras no momento dos resgates dos depósitos por quem de direito, concluiu pela existência de risco para a atividade bancária, nos seguintes termos:

“Por conseguinte, este ambiente de insegurança jurídica – notadamente no que tange à responsabilidade da instituição financeira, na hipótese de ausência de recursos no fundo de reserva ou de não devolução dos valores pelo ente federativo – sujeita a entidade depositária a diversos riscos. Constata-se a exposição das instituições

financeiras a: (i) risco de liquidez, uma vez que esta pode não ser capaz de honrar eficientemente com as potenciais restituições; (ii) risco operacional, tendo em vista que a pluralidade de leis sobre o mesmo tema pode dificultar ou tornar excessivamente complexos os controles e processos internos que deverão ser adotados pelas instituições para a adequação às normas; (iii) risco de reputação, decorrente de percepções negativas sobre a situação da instituição dentro dessa conjuntura, por parte de clientes, contrapartes, acionistas, investidores ou supervisores; e, em última instância, (iv) risco de insolvência, caso, em um cenário mais drástico, o patrimônio da entidade não seja suficiente para saldar as obrigações que lhe forem impostas.”

Sobre o tema, a lição de Arnaldo Wald é clara quanto às funções e responsabilidades do depositário no contrato de depósito. Explica Wald:

“O depósito, pela sua finalidade básica de custódia da coisa, distingue-se do comodato, em que o comodatário recebe a coisa para a sua utilização, e da locação de coisa, que têm a mesma razão de ser, embora sendo onerosa. Normalmente, o depositário não pode utilizar a coisa depositada, salvo convenção em contrário das partes ou em decorrência da própria natureza do negócio (depósitos bancários). **A utilização indevida da coisa depositada ou a sua entrega em depósito a terceiro, sem a autorização expressa do depositante, implica responder o depositário por perdas e danos (art. 640 do CC).** O legislador (art. 640, parágrafo único) especificou ainda a responsabilidade do depositário, mesmo quando devidamente autorizado pelo depositante, se agir com culpa na escolha do terceiro para quem o bem será dado em depósito.” (WALD, Arnaldo e outros. Direito Civil: Contratos em espécie. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.) (grifei)

A preocupação do Banco Central com a responsabilização dos Bancos por possíveis inadimplementos dos Estados no momento de garantir os saques encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Há, inclusive, Súmulas do STJ estabelecendo a responsabilidade do Banco em se tratando de depósito judicial. Destaco as seguintes:

“179. O estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos.

271. A correção monetária dos depósitos judiciais independe de ação específica contra o banco depositário.”

Verifico, assim, violação à competência da União para legislar sobre a matéria, nos termos do art. 22, I, da Constituição.

Vejo, ainda, profundas implicações no direito bancário, na medida em que a legislação sobre utilização dos valores dos depósitos judiciais interfere nas regras de funcionamento do Sistema Financeiro Nacional.

3) Competência da União para legislar sobre Sistema Financeiro Nacional (art. 22, VII, e art. 192, CF)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou a competência da União para legislar sobre Sistema Financeiro Nacional, com base nos artigos 21, VIII, 22, VII e 192 da Constituição. Este entendimento restou consignado no julgamento da ADI 1.357-MC, relator Ministro Moreira Alves, DJ 19.04.96, reiterado na ADI 3.515, relator Ministro Cezar Peluso, DJe 28.09.2011:

“INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei 12.775/2003, do Estado de Santa Catarina. Competência legislativa. Sistema financeiro nacional. Banco. Agência bancária. Adoção de equipamento que, embora indicado pelo Banco Central, ateste autenticidade das cédulas de dinheiro nas transações bancárias. Previsão de obrigatoriedade. Inadmissibilidade. Regras de fiscalização de operações financeiras e de autenticidade do ativo circulante. Competências exclusivas da União. Ofensa aos arts. 21, VIII, e 192, da CF. Ação julgada procedente. Precedente. É inconstitucional a lei estadual que imponha às agências bancárias o uso de equipamento que, ainda quando indicado pelo Banco Central, ateste a autenticidade das cédulas de dinheiro nas transações bancárias.”

A Lei 4.595/64, Lei do Sistema Financeiro Nacional, conceitua a instituição financeira em razão da atividade de coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros e de custódia de valor de propriedade de terceiros:

“Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação

ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a **custódia de valor de propriedade de terceiros** .

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.”

Ora, como estamos tratando de “depósitos”, há aqui a custódia de valor de propriedade de terceiros. Ou bem essa custódia é transferida para os Estados, junto com o repasse dos valores, ou ela continua com o Banco, que responde por ela nos termos da legislação que regula o sistema financeiro nacional. E no caso de transferir para os Estados, eles teriam os mesmos deveres e responsabilidades da instituição financeira?

Quando o Estado se apossa desses valores, passando a se responsabilizar pela remuneração e pela devolução dos recursos em caso de saque, acaba exercer funções próprias de uma instituição bancária .

Ademais, a legislação estadual impõe obrigações ao Banco do Brasil, nos seguintes termos:

“Art. 3º O Banco do Brasil deverá disponibilizar à Secretaria de Estado de Fazenda e ao Tribunal de Justiça, diariamente, extratos com a movimentação dos depósitos judiciais e extrajudiciais, indicando os saques efetuados, novos depósitos e rendimentos, bem como o saldo do Fundo de Reserva, bem como o da conta vinculada de pagamento de precatórios, apontando eventual excesso ou insuficiência.

§ 1º – Para o fim de apuração de excesso ou insuficiência, o Fundo de Reserva, de que trata o § 2º do art. 1º desta lei, terá sempre a proporção de 37,5% (trinta e sete inteiros e cinco décimos por cento) do montante total dos depósitos referidos no caput do art. 1º.

§ 2º O Banco do Brasil deverá manter as contas individualizadas, referentes a cada depósito, conforme previsto no caput do art. 1º.

§ 3º O Banco do Brasil deverá encaminhar semestralmente à Comissão de Orçamento, Fiscalização Financeira e Controle da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ) demonstrativo consolidado contendo toda a movimentação da conta vinculada de pagamento de precatórios, bem como do Fundo de Reserva.”

Ainda, a criação, pela legislação fluminense, de Fundo de Reserva, previsto no art. 1º, § 2º, demonstra a relação com o sistema financeiro. Diz o dispositivo legal:

“Art. 1º (...)

§ 2º – A parcela dos depósitos judiciais e extrajudiciais não repassada, nos termos do *caput*, será mantida no Banco do Brasil e constituirá Fundo de Reserva, destinado a garantir a restituição ou pagamentos referentes aos depósitos, conforme decisão proferida no processo judicial de referência.”

Trata-se de previsão que visa precipuamente garantir os saques. Ou seja, faz às vezes do Depósito Compulsório, instrumento de política monetária que consiste em recolhimentos obrigatórios de recursos que as instituições financeiras fazem ao Banco Central, cuja finalidade tem sido preservar a estabilidade e a solidez do Sistema Financeiro Nacional.

Como questionou o representante do Ministério Público Federal, Dr. Odim Brandão, durante a Audiência Pública, qual o fundamento atuarial justifica a utilização de 60, 70, 80 ou até 90% dos valores dos depósitos, conforme verificamos ao examinar as diversas leis estaduais sobre o tema? A própria alteração na legislação fluminense, que partiu de 25% e chegou a 62,5% sobre o total dos depósitos não tributários, leva a esse questionamento.

Nesse sentido, oportuno transcrever o depoimento do Diretor de Regulação do Banco Central, Dr. Otávio Damaso, na Audiência Pública:

“O primeiro ponto de preocupação é a formatação dos fundos de reserva. Fundos de reserva visam mitigar riscos e assegurar recursos disponíveis suficientes para honrar restituições depositantes quando assim determinado pela autoridade julgadora. Nesse contexto, registre-se que há casos de regramento legal estadual que autoriza a constituição de fundos de reserva em percentual inferior ao de 30% estabelecido pela Lei Complementar 151. Além disso, nem sempre as regras de recomposição dos fundos de reserva são claras e garantem restituição tempestiva aos depositantes. E, na prática, o relato comum é de que não são plenamente efetivas. Cabe registrar que até mesmo o percentual mínimo de 30% pode não ser, pela ótica prudencial, necessariamente adequado e suficiente. Afinal, os valores dos depósitos referentes a cada processo variam muito. Há situações em que o único caso representa montante expressivo do total de

depósitos, e o desfecho de um único processo pode demandar recurso que supera a 30% do total dos depósitos.”

Portanto, há nítida interferência da esfera estadual na gestão do sistema financeiro nacional, especialmente para as instituições financeiras públicas.

Outro ponto que chama atenção pela sua forte ligação com o funcionamento do sistema bancário é o chamado *spread* bancário.

O *spread* bancário nada mais é do que a diferença entre o que o banco cobra ao emprestar dinheiro e a taxa que ele paga ao captar recursos.

Conforme apontado pelo Ministério Público Federal, o art. 1º, § 4º, da Lei Complementar 147/2013, ainda disciplina o repasse ao Tribunal de Justiça do excedente de remuneração de depósitos judiciais transferidos à conta vinculada ao pagamento de precatórios:

“Art. 1º (...)

§4º Sobre o valor atualizado da parcela, o Poder Executivo repassará, mensalmente, ao Tribunal de Justiça, a diferença entre a remuneração atribuída originalmente aos depósitos judiciais e a remuneração fixada em convênio, firmado entre o Tribunal de Justiça e a instituição financeira, de forma a não haver perda de rentabilidade para o Tribunal de Justiça.”

A legislação impugnada cria, então, uma nova fonte de receita para o Poder Judiciário estadual e um novo tipo de repasse de valores entre Executivo e Judiciário. No entanto, não sendo o Poder Executivo uma instituição financeira e, portanto, não gerando *spread*, qual a fonte dessa receita a ser repassada ao Judiciário?

O Poder Judiciário recebe os valores discutidos em Juízo e entrega ao Banco para gerir esses recursos enquanto o processo judicial tramita. A remuneração dos valores depositados no Banco conforma-se à regulação do Banco Central, que monitora o *spread* bancário.

Compartilho das preocupações da Ministra Cármen Lúcia, externadas no julgamento da ADI 2.855:

“Estou enfatizando, Senhor Presidente, que este é um problema que precisa ser enfrentado, porque há um vício no sistema e o jurisdicionado brasileiro está pagando caro por ele. A fórmula, no entanto, não me parece que possa ser essa, porque esse valor a mais que o banco ganha vai para essa conta, e isso não tem embasamento, pelo menos ético, sequer jurídico, não é nenhuma desapropriação, na verdade, é uma expropriação, é um quase confisco, porque estamos tirando aquilo que é obtido e entregando para que o Poder Judiciário, que tem as suas carências, possa usar. Primeiro: Perguntaram ao litigante? Perguntaram ao jurisdicionado? Segundo: O sistema comporta esse tipo de situação? Terceiro: O Estado pode criar este mecanismo de uso de um direito que não é seu? – e aí vamos ver várias condições em vários Estados, vi mesmo Municípios querendo fazer a mesma coisa, ou seja, quando ele fosse parte, poderia fazer isso.

Então, em que pese as observações do Ministro Eros Grau, concordo com o ponto de partida, este é um problema gravíssimo, porque há um dinheiro que o banco recebe sem nenhuma dificuldade, a pessoa não pode escolher ser ou não cliente dele, o dinheiro fica por um tempo que não depende deste cliente, porque é o jurisdicionado e o banco o utiliza para seu próprio enriquecimento.

E ainda há um outro problema que vi quando estudei a matéria: não se sabe em que momento, por exemplo, o Poder Judiciário vai determinar o levantamento, tem que ser de imediato. Ora, se o banco está emprestando e uma parte já reverteu para o próprio Judiciário, como ficam todos os que estão nesta verdadeira ciranda?” (manifestações da Ministra Cármen Lúcia na ADI 2.855, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 17/09/2010)

Como já manifestei em diversas ocasiões neste Plenário, entendo que a questão do *spread* bancário no caso dos depósitos judiciais é muito delicada e precisa ser regulamentada. No entanto, é preciso que essa regulamentação parta da União, até porque envolve o sistema financeiro nacional, na medida em que afeta a estabilidade do sistema bancário.

De fato, parece haver um embate entre Poder Judiciário e Poder Executivo *versus* instituições financeiras para ver quem se aproveita dos *spreads*. Cabe lembrar, no entanto, que os depósitos judiciais devem ser efetuados em instituições financeiras públicas. No caso da Lei Complementar 147/2013, ora questionada, no Banco do Brasil.

Conforme Nelson Abrão (Direito Bancário. São Paulo: Saraiva, 2014), o Sistema Financeiro Nacional atribuiu a função de agente financeiro do Tesouro Nacional ao Banco do Brasil, competindo-lhe, entre outras atribuições: receber as importâncias provenientes da arrecadação de tributos ou rendas federais e o produto das operações de crédito da União por antecipação da receita orçamentária ou a qualquer outro título; realizar os pagamentos e suprimentos necessários à execução do orçamento geral da União e leis complementares que lhe forem transmitidas pelo Ministério da Fazenda; conceder aval, fiança e outras garantias, consoante expressa autorização legal; adquirir e financiar estoques de produção exportável; ser agente pagador e recebedor fora do País e executar o serviço da dívida pública consolidada (art. 19, I, da Lei 4.595/64).

Portanto, legislações estaduais que estabelecem obrigações ao Banco do Brasil, interferem no sistema de remuneração dos depósitos, afetando diretamente o funcionamento do Sistema Financeiro Nacional.

Verifico, assim, violação aos arts. 22, VII, e 192 da Constituição Federal.

4) Competência concorrente para legislar sobre direito financeiro e orçamentário

Embora os Estados aleguem que a matéria insere-se na competência concorrente para legislar sobre direito financeiro e orçamentário, entendo que tal argumento não é capaz de afastar a inconstitucionalidade formal da lei fluminense aqui atacada.

Os representantes dos Estados que se pronunciaram durante a realização da Audiência Pública defenderam a constitucionalidade da lei impugnada, sob o argumento de que, ao tratar de “ingresso patrimonial”, estar-se-ia no âmbito da competência concorrente para legislar sobre direito financeiro e orçamento.

Como ficou demonstrado a partir dos depoimentos colhidos na Audiência Pública, a questão é complexa e traz consequências para as finanças públicas, afetando a elaboração, a execução e o controle do

orçamento do Estado. Na medida em que o Estado se apossa desses valores para arcar com determinadas despesas, eles se tornam uma espécie de “receita”, devendo observar os ditames constitucionais e legais pertinentes.

Há, evidentemente, ainda que de forma residual, uma competência concorrente para legislar sobre direito financeiro (art. 24, I, CF).

Como ensina Regis Fernandes de Oliveira:

“Basicamente, o direito constitucional financeiro cuida das receitas e despesas dos entes federativos e entidades estatais, dos meios de arrecadação, da disciplina orçamentária, da fiscalização financeira e orçamentária, do controle do gasto público, **da dívida e do endividamento (operações de crédito) dos entes federativos** e de entidades por eles criadas e do pagamento dos débitos do Poder Público. Sobre tal massa de informações, recai a responsabilidade fiscal, pressuposto de tudo isso.” (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 118.)

Claro que, na medida em que se autoriza a utilização dos valores dos depósitos judiciais de particulares pelo Poder Executivo, o enquadramento desses recursos, seu controle contábil e orçamentário são questões tipicamente de direito financeiro.

A legislação atacada, em seu art. 1º, § 6º, determina que os valores transferidos sejam incluídos no Orçamento do Estado, conforme regulamentação por decreto:

“Art. 1º (...)

§ 6º – Os recursos provenientes da transferência prevista no caput integram-se, desde já, ao Orçamento do Estado para os fins mencionados neste artigo, devendo através de decreto ser explicitado na lei orçamentária em vigor, a sua fonte de recursos, sua origem e aplicação.”

De que forma os ingressos relativos aos depósitos judiciais e extrajudiciais são contabilizados no orçamento público, tendo em vista a sua vinculação em face de despesas correntes da Administração Pública?

Com base nas informações colhidas na Audiência Pública, verificamos que não há um consenso entre os especialistas sobre como enquadrar esses valores no orçamento. O depoimento do Dr. Bruno Magualde, da Secretaria do Tesouro Nacional, foi muito esclarecedor no ponto.

Conforme relatado por ele, os depósitos eram classificados e contabilizados extraorçamentariamente. Com a regulamentação, pela União, do repasse dos depósitos tributários para a Conta Única, esses valores passaram a ser contabilizados como receita orçamentária, com o registro de uma obrigação patrimonial. Essa operação não caracteriza operação de crédito porque, no caso de devolução, faz-se uma dedução de receita:

“A União, então, regulamentou essa questão por meio da legislação aqui aplicada e passou a fazer uso de recursos, obviamente, de casos em que ela faz parte. Esse recurso, então, dá receita orçamentária no valor 100% do ingresso de recursos, e, em contrapartida, registra-se, além do ativo do caixa, uma obrigação patrimonial, ok? Essa obrigação não caracteriza operação de crédito, e por que não caracterizada? Porque, quando da necessidade de devolução, a União vai, então, abater ou deduzir da receita do tributo que for o caso específico. Então, faz-se dedução da receita.”

Em relação aos depósitos judiciais em que o ente é parte, o procedimento seria praticamente o mesmo, conforme complementou:

“Um outro ponto é que, a exemplo do que ocorre com a União, quando da devolução desses recursos, far-se-á uma dedução de receita, ou seja, considerando-se que os estados, o Distrito Federal e os municípios sejam parte das ações, naturalmente eles vão ganhar parte das ações, outras vão perder. Nas que eles eventualmente perderem, vão bancar com o fundo de reserva. Na eventualidade de o fundo não dispor de recursos, eles então vão fazer dedução de receita para recompor o fundo e, assim, devolver o recurso, ok? Isso não caracteriza operação de crédito nessa interpretação e não deve ser incluído no montante da dívida consolidada especificamente.”

Contudo, o Dr. Magualde, ao analisar a terceira hipótese, ou seja, utilização de depósitos judiciais de terceiros, reconheceu que a questão demanda regulamentação específica e pressupõe uma assunção de passivo que, segundo o que vem sendo cogitado, faria parte da dívida consolidada líquida:

“Por que compor dívida consolidada? Primeiro, porque, ao contrário dos casos anteriores, não se tem de onde deduzir o recurso. Não se tem receita, por exemplo, tributária, da qual possa haver dedução daquele recurso, com vistas à recomposição do fundo. Essa alternativa não há. Então é uma questão muito sensível e que inclusive não foi colocada aqui – pelo menos pelos representantes que aqui pude observar. Como ficaria a questão da dívida consolidada dos estados e dos municípios – é uma pergunta que eu faço a vocês – quando da apropriação de depósitos judiciais dos quais os senhores ou o ente público não façam parte? Essa é uma questão extremamente sensível.”

Nesse ponto, entendo oportuno recorrer a doutrina clássica sobre a matéria.

Conforme lecionava Alberto Deodato com base no Código de Contabilidade Federal regido pelo Decreto 15.783, de 1922, os depósitos judiciais seriam um exemplo de dívida flutuante: “ *a que não apresenta caráter de certeza e de estabilidade, nem relativamente ao quantum nem à duração* “. (DEODATO, Alberto. Manual de Ciências das Finanças. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 234.)

O exame da obra de Aliomar Baleeiro leva à mesma conclusão. Para o autor, receita pública é a entrada em caráter definitivo, que se integra ao patrimônio:

“(...) receita pública é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo”. (BALEIRO, Aliomar. Uma introdução à Ciência das Finanças. 18ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 152)

As entradas ou ingressos que não incrementam o patrimônio público seriam meros “movimentos de caixa”, ou seja, receitas que ingressam condicionadas à restituição posterior. É o caso, justamente, dos depósitos judiciais:

“Exemplificam esses ‘movimentos de fundos’ ou simples ‘entrada de caixa’, destituídas de caráter de receitas, as cauções, fianças e depósitos recolhidos ao Tesouro; os empréstimos contraídos pelos Estados, ou as amortizações daqueles que o governo acaso concedeu;

enfim as somas que se escrituram sob reserva de serem restituídas ao depositante ou pagas a terceiro por qualquer razão de direito e as indenizações devidas por danos causados às coisas públicas e liquidados segundo o Direito Civil.” (BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à Ciência das Finanças. 18ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 152)

E, uma vez que o Estado se utiliza desses valores para pagar determinadas despesas públicas, parece operar-se alguma forma de empréstimo:

“Os empréstimos são simples entradas de caixa ou ingressões, porque não criam novos valores positivos para o patrimônio público: a cada soma, que o ativo do Tesouro recebe, a título de empréstimo, corresponde um lançamento, no passivo, contrabalançando-o. Não se incluem, pois, os empréstimos entre as receitas, ou, quando muito, são receitas impropriamente ditas.” (BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à Ciência das Finanças. 18ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 581)

Ora, se não estamos diante de receitas propriamente ditas, seu ingresso no orçamento do Estado implica, de alguma forma, o aumento do endividamento do Estado.

Portanto, é verdade que, admitindo-se o uso desses valores, precisarão se submeter aos ditames do direito financeiro. Só que, quando o Estado se apossa dos valores correspondentes a depósitos de terceiros, ele está, na verdade, efetuando uma forma de captação de crédito. Ou seja, mais do que a correta contabilização no orçamento, o Estado deve observar todos os ditames constitucionais e legais concernentes ao endividamento público.

II – Inconstitucionalidade material

5) Endividamento dos Estados

A dívida pública está certamente entre os temas mais sensíveis da Constituição financeira. O constituinte foi particularmente cauteloso ao tratar da questão, fazendo-lhe referência especialmente nos arts. 52, 163, 165 e 167 do texto constitucional vigente.

Há na Constituição vigente restrições expressas ao déficit público, como no caso do art. 167, III, que veda “a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta”. Trata-se da chamada “regra de ouro”, que assegura que a dívida sirva à realização de investimento, não ao custeio da máquina pública. Na mesma linha, proíbe-se também a concessão de empréstimos pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições de crédito para pagar despesa com pessoal ativo, inativo e pensionistas dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 167, X).

Cabe papel destacado ao Senado Federal, no tocante ao controle de endividamento. De acordo com o art. 52 da Constituição Federal, compete privativamente ao Senado Federal em relação a todos níveis de governo: (1) autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; (2) fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada; (3) dispor sobre limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária. Particularmente em relação ao nível federal, cabe-lhe dispor também sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno.

O endividamento submete-se também rigidamente ao princípio da legalidade. O art. 163 da Constituição Federal determina que lei complementar deverá dispor sobre: dívida pública externa e interna, concessão de garantias por entidades públicas e compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União. O § 8º do art. 165, excepcionando a proibição das “caudas orçamentárias”, permite expressamente a inclusão na lei orçamentária anual de autorização para contratação de operações de crédito, inclusive por antecipação de receita.

Na Lei Complementar n. 101, de 2000, o tema do endividamento assume posição central. A relação entre dívida e responsabilidade fiscal é intrínseca. Além de figurar entre os elementos que definem a gestão fiscal responsável (art. 1º, § 1º), o tema é objeto do disposto nos arts. 29 a 40 da Lei. Se é verdade que o equilíbrio nas contas públicas é o principal objetivo da Lei de Responsabilidade Fiscal, o controle da dívida pública deverá ser certamente um dos principais meios para lográ-lo.

Não há dúvida que a utilização de recursos correspondentes a depósitos judiciais de terceiros, que em algum momento precisarão, necessariamente, ser devolvidos pelo Estado, aumenta do endividamento estatal.

Se estamos falando, então, de dívida pública, como se operacionaliza este empréstimo pelo Estado?

6) Empréstimo compulsório ou Confisco (art. 148, CF)

Embora, no julgamento da ADI 1.933, esta Suprema Corte tenha entendido que a utilização dos depósitos judiciais e extrajudiciais **de tributos** não caracteriza confisco ou empréstimo compulsório, na linha do que decidido anteriormente na ADI 2.214, entendo que o mesmo não se coloca quando o Estado quer se apossar, ainda que transitoriamente, de valores correspondentes a depósitos de terceiros. Nesses casos, o ente federado nunca será o final destinatário dos recursos em questão.

Como ensina Geraldo Ataliba, o fundamento do crédito público é o mesmo do privado: “só empresta ao poder público quem nele tem confiança” (ATALIBA, Geraldo. Empréstimos Públicos e seu Regime Jurídico. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973, p. 23.). Ou seja, quem sabe que o Estado poderá arcar com seus compromissos.

No caso em análise, o Estado já não consegue cumprir com suas obrigações. Justamente por isso, viu nos recursos depositados em Juízo uma nova fonte de recursos para pagar suas despesas. No entanto, esses valores são depositados em Juízo pelos litigantes, ou por determinação legal ou por escolha do litigante, como forma de dar segurança aos valores em disputa.

Considerando não haver consentimento dos proprietários dos valores depositados em Juízo, só poderíamos enquadrar tal transferência ao Estado como empréstimo compulsório. Nesse caso, estaríamos diante de inconstitucionalidade formal e material.

Ora, sendo compulsório o empréstimo, jamais poderá o Estado-membro instituí-lo. O art. 148 da Constituição Federal estabelece a competência da União, por lei complementar. Ademais, só poderá fazê-lo nas hipóteses constitucionalmente previstas: I) para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II)

no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional. E, ainda, a aplicação dos recursos será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

Como se sabe, não se verifica nenhum desses pressupostos no caso em análise.

7) Direito à propriedade (art. 5º, *caput*, CF e art. 170, II, CF)

Afirma o Procurador-Geral da República que a utilização dos valores correspondentes aos depósitos judiciais de terceiros importa em violação ao direito de propriedade.

Não se pode negar que o conceito de propriedade sofreu uma profunda alteração neste século. A propriedade privada tradicional perdeu muito do seu significado como elemento fundamental destinado a assegurar a subsistência individual, e o poder de autodeterminação e como fator básico da ordem social. Como observado por Hesse, base da subsistência e do poder de autodeterminação do homem moderno não é mais a propriedade privada em sentido tradicional, mas o próprio trabalho e o sistema previdenciário e assistencial instituído e gerido pelo Estado.

Essa evolução fez com que o conceito constitucional de direito de propriedade se desvinculasse, pouco a pouco, do conteúdo eminentemente civilístico de que era dotado.

Já sob o império da Constituição de Weimar passou-se a admitir que a garantia do direito de propriedade deveria abranger não só a propriedade sobre bens móveis ou imóveis, mas também os demais valores patrimoniais, incluídas aqui as diversas situações de índole patrimonial decorrentes de relações de direito privado ou não.

Essa mudança da função da propriedade foi fundamental para o abandono da idéia da necessária identificação entre o conceito civilístico e o conceito constitucional de propriedade. Ao revés, essencial para a definição e qualificação passa a ser a utilidade privada (*Privatnützigkeit*) do direito patrimonial para o indivíduo, isto é, a relação desse direito patrimonial com o titular. Vê-se, assim, que o conceito constitucional de proteção ao direito de propriedade transcende a concepção privatística estrita, abarcando outros valores de índole patrimonial como as pretensões salariais, as participações societárias.

Essa orientação permite que se confira proteção constitucional não só à propriedade privada em sentido estrito, mas, fundamentalmente, às demais relações de índole patrimonial. Vê-se que esse conceito constitucional de propriedade contempla as hipotecas, penhores, depósitos bancários, pretensões salariais, ações, participações societárias, direitos de patente e de marcas, etc.

Teria esse entendimento validade no ordenamento constitucional brasileiro? A resposta há de ser afirmativa. Nos seus comentários à Constituição de 1967-69 já assinalava Pontes de Miranda, *verbis* :

“Propriedade”, no sentido do texto exige a realidade do direito; ou “propriedade”, no sentido da Constituição brasileira de 1967, abrange todos os bens patrimoniais? A questão é mais grave do que se pensa. Se a segunda opinião é que é a verdadeira e é a dominante (Martin Wolff, *Reichsverfassung und Eigentum*, 3), o legislador não é obrigado a manter o conceito de propriedade real, e todos os direitos patrimoniais poderiam passar a ser reais. Mais ainda: não se poderiam “desapropriar” créditos pessoais, ou direitos formativos geradores, modificativos ou extintivos, sem observância do art. 153, § 22. Se a primeira opinião é que é a verdadeira, e foi a de W. Schelcher (*Eigentum und Enteignung*, *Fischers Zeitschrift*, 60, 139s.), então, assim, o legislador não só seria obrigado a manter a referência à patrimonialidade, o acesso aos bens em sentido geral, mas também a realidade dos direitos tidos hoje como propriedade (direitos reais), como sendo mínimo. A verdadeira interpretação é a que vê em “propriedade”, no art. 153, § 22, propriedade individual, no mais largo sentido; e de modo nenhum se exclui a desapropriação dos bens que não consistam em direitos reais.”

Não existem razões que sugiram a necessidade de mudança dessa orientação, na nova ordem constitucional. De resto, essa orientação corresponde ao entendimento assente na moderna doutrina constitucional. É o que afirma, igualmente, Celso Bastos em suas anotações sobre o texto de 1988, *verbis* :

“O conceito constitucional de propriedade é mais lato do que aquele de que se serve o direito privado. É que do ponto de vista da Lei Maior tornou-se necessário estender a mesma proteção, que, no início, só se conferia à relação do homem com as coisas, à titularidade da exploração de inventos e criações artísticas de obras literárias e até mesmo a direitos em geral que hoje não o são à medida que haja uma devida indenização de sua expressão econômica.”

Ao admitir que a garantia constitucional da propriedade abrange não só os bens móveis ou imóveis, mas também outros valores patrimoniais (depósitos bancários e outros créditos em dinheiro etc.), deve a doutrina considerar, todavia, as características diferenciadas desses direitos, as diferentes formas de uso, a eventual possibilidade de limitação, etc.

Há muito o Supremo Tribunal Federal logrou identificar, de forma precisa e escorreita, a natureza peculiar do direito de propriedade, ressaltando o seu caráter institucional e procedendo à adequada distinção entre as providências de *índole conformativo-restritiva* daquelas medidas de nítido *conteúdo expropriatório*.

Há, aqui, evidente violação ao direito de propriedade.

Veja-se o possível paradoxo: Estados não têm dinheiro para arcar com suas despesas, entre elas o pagamento dos precatórios. Então, permitimos que ele tome emprestado os valores depositados em Juízo por terceiro para adimplir suas obrigações constitucionais. No entanto, esses valores nunca serão do Estado. Troca-se, assim, uma dívida por outra. E se, no momento em que a lide chegar ao fim e a parte vencedora for sacar o valor depositado, o Estado não tiver dinheiro para devolver ao Banco? Veja, o Estado se apossou desse valor justamente por problemas de caixa. Precisar, então, o contribuinte entrar agora com uma ação contra o Estado para reaver os valores depositados em Juízo? E aguardar o pagamento de precatório para receber esse valor? Mas o Estado se utilizou do valor justamente porque não consegue pagar seus precatórios!

Cabe mencionar, inclusive, o parecer do Procurador-Geral da República, Dr. Odemir Brandão Ferreira, após a realização da Audiência Pública:

“Mais do que simplesmente afetá-lo, o sistema da lei local desnatura o depósito judicial, por lhe alterar dado essencial dessa relação jurídica, disciplinada apenas nas regras do CPC ou ainda do CC: o estado emprega os depósitos para o custeio de suas despesas normais, ao invés de alocá-los em finalidades ligadas à adoção de medidas de conservação do bem depositado, para a pronta restituição a seu titular, assim que demandado a tanto. Mais importante do que isso, a lei retira o crédito do universo do sistema financeiro nacional, para lança-lo no conjunto de créditos oponíveis ao estado, à revelia e mesmo contra a vontade do titular do direito patrimonial confiado ao Judiciário.”

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Verifico, inclusive, que a jurisprudência desta Corte reconheceu a incompetência dos Estados-membros em matéria de depósitos judiciais, na linha de fundamentação aqui defendida. Nesse sentido, cito as ADIs nº 5353, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, julgada em 11/05/2020; nº 5080, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgada em 15/04/2020; nº 5099, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, julgada em 20/04/2020; e nº 5409, de relatoria do Ministro Edson Fachin, julgada em 13/12/2019, cuja ementa transcrevo:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO FINANCEIRO. SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. DEPOSITOS JUDICIAIS E ADMINISTRATIVOS. NATUREZA TRIBUTÁRIA OU NÃO-TRIBUTÁRIA. FUNDO DE RESERVA. CORREÇÃO MONETÁRIA. DÍVIDA PÚBLICA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. PRECATÓRIOS E DÍVIDA FUNDADA. LEI COMPLEMENTAR 42 /2015 E LEI 9.276/2004, AMBAS EDITADAS PELO ESTADO DA BAHIA. DECRETO 9.197/2004 EDITADO PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO DO ESTADO-MEMBRO.

1. A jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que a matéria relativa aos depósitos judiciais é de competência legislativa privativa da União, ainda que se trate da utilização da disponibilidade financeira, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal. Precedentes.

2. O ente federativo invade a competência privativa da União para disciplinar sobre o funcionamento do sistema financeiro nacional, nos termos do artigo 192 do Texto Constitucional. Precedentes.

3. O entendimento iterativo do STF é no sentido de que há violação à separação dos poderes, quando lei formal atribua incumbência ao Poder Executivo relativas à administração e aos rendimentos referentes à conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais.

4. O tratamento orçamentário preconizado aos recursos provenientes dos depósitos judiciais não-tributários diverge da sistemática especial de pagamento de débitos judiciais da Fazenda Pública, porquanto não é dado ao Poder Público realizar gastos públicos com ingressos meramente transitórios. Logo, financiam-se despesas correntes e de capital com entradas provisórias as quais, por dever legal, devem ser restituídas aos seus legítimos titulares ao fim de demanda jurisdicional.

5. Há ofensa ao direito de propriedade dos jurisdicionados que litigam na espacialidade do Estado-membro. Nesse sentido, a custódia de patrimônio alheio pelo ente estatal não permite a este desvirtuar a

finalidade do liame jurídico, para fins de custear suas despesas públicas.

6. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida a que se dá procedência. (ADI 5409, Rel. Edson Fachin, em sessão virtual de 6 a 12 de dezembro de 2019)

DISPOSITIVO

Por todas as razões aqui expostas, é imperioso concluir que a disciplina legal sobre a utilização de valores de depósitos judiciais e extrajudiciais é de competência da União (art. 22, I e VII, e art. 192, da CF).

Ademais, ao permitir a utilização dos valores correspondentes aos depósitos judiciais entre particulares, a lei estadual impugnada padece de inconstitucionalidade material por: aumentar a dívida pública do Estado (art. 52, 163, 165 e 167 da CF); e configurar hipótese inconstitucional de empréstimo compulsório (art. 149 da CF)Ah.

Nesse sentido, diante da patente inconstitucionalidade formal e material, voto pela procedência da ação para que seja declarada a inconstitucionalidade da Lei Complementar 143, do Estado do Rio de Janeiro.

Plenário Virtual - minuta do ADI 5409-1206/2020 00:00