

FORUM DE INFRAESTRUTURA

DNIT, Brasília, 8.11.2016

Tema: Decisões Judiciais x Previsão Orçamentária

Palestrante: Edelamare Melo. Doutora em Direito

pela Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Espanha;

Subprocuradora-Geral do Trabalho e conselheira do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho

O princípio da legalidade da despesa pública, instituto basilar do estado de direito, impõe ao administrador do dinheiro público a obrigação de observar, ao gastá-lo, as autorizações e limitações constantes da Lei do Orçamento, de modo que, nada pode ser pago sem autorização orçamentária, tão pouco além dos valores orçamentariamente limitados (C.F., art. 167, II). A desobediência a tais limitações (despender sem autorização ou além da autorização) constitui crime de responsabilidade (C.F., art. 85, VI). Em síntese, a Constituição proíbe gastos ou sua criação além da previsão orçamentária.

É igualmente princípio constitucional basilar do estado democrático de direito a obediência às decisões do Poder Judiciário. Não obstante, é alegação comum do poder público a dificuldade de conciliar a execução das decisões do Poder Judiciário com os comandos constitucionais atinentes à execução orçamentária.

Aspectos relevantes para o enfrentamento da questão que nos desafia:

- a. As decisões do Poder Judiciário, de natureza patrimonial, produzem efeitos que retroagem à data em que o Judiciário reconheceu ou declarou constituído o fato ou ato gerador da obrigação (efeitos ex-tunc) e efeitos que operam a partir da data do trânsito em julgado da decisão (efeitos ex-nunc);
- b. Em relação aos primeiros, retroativos, incide a norma do precatório, é dizer: o pagamento das importâncias devidas anteriormente ao trânsito em julgado da sentença deve ser objeto de precatório;
- c. Quanto aos efeitos patrimoniais que operam a partir da data do trânsito em julgado da decisão (efeitos ex-nunc) as importâncias devidas são pagas desde então, porque correspondem ao direito reconhecido ou declarado pelo Poder Judiciário;
- d. Ainda que respeitada a sistemática do precatório e que sejam desconsideradas as hipóteses de medidas satisfativas, poderá a Administração se defrontar com o problema da exaustão orçamentária, que pode ocorrer nas seguintes circunstâncias: a realização insuficiente da receita prevista e a superação do valor da despesa autorizada.
- e. Nem sempre o Administrador poderá recorrer ao expediente da solicitação de créditos adicionais, que pressupõem a possibilidade do cancelamento de autorizações de despesa ou a realização de operações de crédito.
- f. As aberturas de créditos adicionais dependem de autorização Legislativa.
- g. Somente os casos extremos admitem o recurso à Medida Provisória (v. C.F., art. 167, parágrafos 2º e 3º).

A questão posta é, portanto, a seguinte: **Como conciliar os princípios constitucionais atinentes ao cumprimento da decisão judicial e à execução orçamentária, considerando-se que o aumento dos créditos orçamentários depende de deliberação do Poder Legislativo, mediante a comprovação da existência de recurso (C.F., art. 167, V)?**

Os temas que nos desafiam envolvem aparente conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas no que tange aos princípios da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e ao princípio da legalidade da despesa pública.

O Direito é uma ciência peculiar porque ciência do dever-ser, ciência que transita e trafega no mundo das liberdades, que, como direito a todos reconhecido no espaço da igualdade, traz ínsita a ideia de limites postos e pressupostos. O direito não é estranho à realidade, nela busca sua fonte de produção e reprodução por meio de comandos normativos de espécies várias.

Na cumbre deste sistema temos a Constituição, que, como o nome indica, constitui, organiza o Estado em sua estrutura e funcionamento e na sua relação com a sociedade. É um complexo normativo que disciplina o exercício de liberdades conferindo e outorgando direitos e deveres. **Não** trata de disciplinar o exercício do poder no sentido de que aquele que nele é investido – seja pelo processo de investidura democrática, seja meritória, como é o caso dos membros do ministério público e do judiciário e dos servidores públicos – tudo pode naquele que o fortalece: o poder pelo poder e para o poder.

Um poder, portanto, descolado da sua fonte de legitimação. Um poder que, em verdade, é instrumental para o exercício de deveres que lhes são postos, impostos e pressupostos pela Constituição enquanto instrumento de agregação e de unidade política, jurídica, social, cultural de um determinado povo dentro de um determinado território. Constituição que possui força normativa e que, com o passar do tempo, também tomou a si a tarefa promocional da realização concreta de direitos fundamentais, sejam estes direitos de defesa, sejam estes de natureza prestacional porque entre uns e outros existe uma relação de essencialidade e de complementariedade.

Impossível falar do ideal de dignidade da pessoa humana, do direito a vida digna sem considerar que este fim necessita de meios: a saúde, a educação, a cultura, a assistência, o esporte, o lazer, o trabalho, o emprego, a renda, a previdência, o meio ambiente, a cidade, a infraestrutura, as estradas, rodovias, ferrovias, o saneamento.... enfim tudo isto está predisposto para a consecução do objetivo do estado brasileiro: a construção de uma sociedade livre justa e solidária, que tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e, como objetivos fundamentais enunciados no artigo terceiro da Constituição: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Este país dos sonhos rege-se na suas relações internacionais, mas também internas porque impossível dar a terceiros o que não se tem, pelos seguintes princípios: independência nacional; prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos; não-intervenção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos; repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; concessão de asilo político.

Esta mesma Constituição, no artigo 5º, proclama solenemente que “ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” e que “ ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, ao tempo em que proclama com caráter impositivo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5, XXXV)... que direito, que direitos ?

A Constituição a par de garantir o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, reconhece um plexo de direitos e de liberdades vocacionados à realização destes direitos que poderíamos dizer, constituem o núcleo duro e fundante de toda a ordem posta e pressuposta.

Estes são os direitos sociais prestacionais e instrumentais para a realização do ideal de “vida digna”: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Sobre esta ordem social diz a Constituição que ela “tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. (art.193). Sobre a seguridade social, estabelece que (Art. 194.) ela “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Finalmente proclama solenemente que: “ (art. 5º. § 1º) As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e que (art. 5º, § 2º) Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

a Constituição é um todo orgânico, articulado e integrado. É uma unidade normativa e sistêmica que propõe fins e, para tanto, dispõe sobre meios. Neste marco se inclui o sistema garantístico dos direitos fundamentais que constituem o mínimo essencial para uma existência digna. Neste sistema garantístico emergem com relevo a atuação ministerial e jurisdicional, ambas orientadas para a concretização dos direitos e liberdades postas e pressupostas quando violados ou ameaçados de violação.

Atua o Ministério Público e atua o Judiciário quando aquele ao qual se impõe o dever jurídico de atuar para a realização concreta dos fins e objetivos do Estado brasileiro declina deste dever por ação ou omissão, situação que se faz tanto mais grave quando, para tanto, se escuda em uma pretensa liberdade de eleger a que direitos fundamentais dará efetividade, isto sob argumento de que estaria protegido pelo pálio de uma vetusta competência discricionária que lhe confere liberdade, não para definir fins a perseguir no exercício de suas competências e atribuições, mas para eleger, dentre os vários meios possíveis o que melhor atenderá o direito/liberdade a garantir/efetivar.

Seu juízo de conveniência e oportunidade não significa possibilidade de eleger entre garantir ou não garantir condições para uma vida digna do ser humano que habita o território nacional, mas, sim, quanto ao modo de fazê-lo, sendo certo que o fator tempo também deve ser considerado face ao risco de perecimento do direito que lhe cumpre velar como missão constitucional e institucional.

Nesse campo da competência discricionária que a legalidade se alarga para permitir análise da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade da decisão administrativa à luz do bem jurídico que se pretende resguardar. Finalidade, razoabilidade e proporcionalidade que se inserem no marco da legalidade, da juridicidade e impõem o dever de motivação dos atos do poder público, exigência republicana que vincula o atuar administrativo lhe conferindo transparência quando respeitada a necessária publicidade, melhor dito, publicização do ato como requisito de reconhecibilidade da sua existência pelo grupo social, o que permitirá o legítimo controle democrático e social do atuar administrativo.

Perguntar-se-ia porque me permiti esta digressão. Explico.

Quando estamos em tema de decisões judiciais e previsão orçamentária, o que emerge é um aparente conflito entre os princípios da legalidade da despesa pública e da inafastabilidade da atuação judicial para a defesa de direitos e liberdades constitucionais em casos de violação ou ameaça de violação quando esta, por ação ou omissão, é patrocinada pelo poder público que justifica o seu não atuar e, portanto, impossibilidade de conter a ameaça ou violação a direitos e liberdades, sob um de dois argumentos, inexistência de previsão orçamentária ou esgotamento da capacidade orçamentária.

É dizer, compelido a cumprir ordem judicial de conteúdo patrimonial para a realização concreta de direitos fundamentais, a ela opõe a chamada reserva do possível, que está diretamente vinculada à sua capacidade orçamentária de prover meios para a realização de fins constitucionais. Ainda como argumento opõe a sua competência discricionária e uma pretensa afronta ao princípio da separação dos poderes no que tange à definição e implementação de políticas públicas, que segundo afirma está interdita ao Poder Judiciário determinar e ao Ministério Público postular.

As coisas não são bem assim...a matéria é desafiante e navega em mares pouco tranquilos, seja em sede doutrinária, seja em sede jurisprudencial. Mas uma coisa é certa e inquestionável neste tema: o protagonismo ou ativismo ministerial e judicial são o soldado de reserva em relação àquele que comanda o exército. É dizer a atuação ministerial e judicial é consequência do inadimplemento de quem deveria prestar e não prestou, garantir e não garantiu, embora para tanto tenha a seu dispor meios que também são constitucionalmente postos, a saber: a previsão de receitas e a forma de sua gestão e controle, através de um sistema tributário, financeiro e orçamentário constitucionalmente estruturado para a consecução dos fins e objetivos aos quais se propôs a sociedade brasileira quando se organizou sob a forma de Estado.

Mas, o que acontece? Uma vez mais estamos cuidando de consequências sem atentar para as causas dos problemas que levam ao protagonismo e ativismo ministerial e judicial para a garantia de direitos fundamentais que constituem o mínimo essencial para uma existência digna.

A questão no tema ora sob exame está na perplexidade do Estado de ter que adimplir prestações constitucionais sobre as quais não possui liberdade de escolha entre fazer ou não fazer pela simples razão que não fez, ou não faz bem, o seu dever de casa: gerir com responsabilidade a receita pública para otimizá-la e garantir que o Estado cumpra com o que justifica a sua existência. A falta de dotação orçamentária ou esgotamento da capacidade orçamentária tem sede na incompetência de gestão, de planejamento e de controle do gasto público... em uma palavra mais moderna: incapacidade de governança, que não se pode afirmar seja fruto de falta de capacitação ou qualificação técnica, mas, sobretudo, da instrumentalização do poder no qual se é investido para fins estranhos aos objetivos do Estado e das regras de competência, que lhes impõe deveres com a outorga de poderes que são instrumentais para cumprimento do dever.

Para se conhecer a personalidade “pública” de um ser humano se lhe entregue um mandato que lhe invista em alguma forma de poder de estado, uma caneta e/ou dinheiro...aí poderemos distinguir o homem público daquele que busca poder político para realização de fins próprios e, por isso, atua com desvio/abuso de poder. É dizer o problema da incapacidade orçamentária para atender direitos fundamentais prestacionais que buscam preservar os direitos fundamentais de defesa, está não na falta de recursos públicos, de receitas, mas, sim, na utilização destes recursos para custeio da despesa pública na qual passou a se constituir a corrupção, cujo esquema que ora é descortinado pela Lavajato não é estranho ao Estado da década de 60,70, 80 ou o que virá... É contra esta sorte de coisas, ou melhor, quanto as consequências desta não-gestão da coisa pública, que investe o Ministério Público e o Poder Judiciário quando, como soldado de reserva e no exercício de suas atribuições e missões institucionais busca compelir o poder público a fazer aquilo que se absteve e que teve como consequência jurídica a negação de direitos fundamentais qualificados como direitos de dimensão difusa, ainda que o bem jurídico lesado se refira a um ou um milhão de seres humanos porque negação do direito à vida ou daquilo que permite a vida é negação à vida mesma...

Em casos que tais o que se constata é que as normas relativas à gestão da receita e do gasto público foram preteridas na sua finalidade, não foram respeitadas porque à hora de programar, de planejar, as reais prioridades do grupo social beneficiário foram elididas por opções políticas-partidárias e de privilégio de determinados grupos de interesse dissonantes com o interesse público primário. É dizer negou-se direito pela via transversa da não previsão orçamentária ou da má gestão orçamentária que conduz à sua insuficiência ou esgotamento. Não é por outra razão que em situações que tais não se pode opor à impositividade do comando judicial a legalidade da receita pública ou a reserva do possível pelo simples fato de que o próprio estado na sua incapacidade de gestão, de governança deu causa à negação do direito que a Constituição lhe impõe assegurar, garantir, realizar.

Ainda que alguns neguem, o fato é que, há, sim, uma hierarquia entre as normas constitucionais. Normas garantísticas de direitos fundamentais de defesa ou prestacionais são bastante em si, possuem aplicabilidade direta e imediata, não admitem exceções à esta regra salvo se contempladas no próprio texto constitucional.

De há muito deixam de ser vistas como normas-programa sem capacidade eficaz...

Fora assim o próprio núcleo do direito que se pretende assegurar, defender, proteger e garantir como o mínimo essencial para uma existência digna estaria sendo negado. Porque são direitos que devem ser garantidos no plano de efetividade e concreção real é que a Constituição disciplina a receita e a despesa. Normas de orçamento, finanças e tributos não possuem um fim em si mesmas de modo a serem opostos às normas de garantia de direitos para negar-lhes efetividade e eficácia. Há uma prevalência daquelas em relação a estas.

Neste passo cumpre ressaltar que esta matéria – ainda que permaneça no universo das indefinições - não é nova e, hoje, ganha maior relevo quando se está a um passo da total ruptura com um estado social irrealizado e irrealizável, onde os meios preferem aos fins pela empáfia do poder instituído, de duvidosa legitimidade, se se atenta para o cenário que o recém processo eleitoral descortinou.

Não estamos satisfeitos com o nosso staff político porque suas opções não refletem as nossas opções. Estamos vivenciando crise ética institucional, que se reflete também em crise dos direitos fundamentais de defesa e prestacionais. O que se apresenta ao Ministério Público e ao Poder Judiciário hoje não são problemas ou conflitos de dimensão individual, são problemas estruturais relativos à própria organização e capacidade do estado para adimplir suas obrigações constitucionais em áreas e setores essenciais para a realização do ideal de existência digna com liberdade e igualdade. E é neste cenário que se pretende opor à efetividade das decisões judiciais a reserva do possível...olvidando o poder público do dever, também de ordem constitucional, de não apenas motivar a sua alegação como demonstrar a sua veracidade por meios idôneos... Neste campo não se presume a veracidade e legitimidade de alegações genéricas de inexistência de dotação orçamentária, insuficiência ou esgotamento da capacidade orçamentária porque o sistema também dispõe de meios para colmatar situações que tais, tudo com vistas à proteção e garantia dos direitos que foram postos como razão de ser e existir da organização estatal.

Neste passo cumpre-nos resenhar um pouco o que me conduz às afirmações que ora faço. Elas decorrem do exame da doutrina e da jurisprudência disponível sobre o tema, que recebeu criterioso tratamento em sede de consulta formulada ao acadêmico Eros Roberto Grau pelo então secretário geral da Presidência, o hoje Min do STF, Ministro Gilmar Mendes. Mas, também, do visionário voto do Ministro Celso Melo em sede **da ADPF 45-MD=C/DF** decisão que tem orientado as decisões da Suprema Corte quando o tema é decisão judicial e previsão orçamentária, no caso, para elidir a aplicação do princípio da reserva do possível em favor da efetividade de direitos fundamentais que constituem o mínimo essencial para a realização do objetivo maior do Estado brasileiro: construção de uma sociedade livre, justa e solidária na qual o valor maior a ser realizado diz respeito ao direito à vida e existência dignas.

ADPF - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível"
(Transcrições). ADPF 45 MC/DF*

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

IVES GANDRA e EROS ROBERTO GRAU responderam, na consulta, ao seguinte quesito: **Como conciliar os princípios constitucionais atinentes ao cumprimento da decisão judicial e à execução orçamentária, considerando-se que o aumento dos créditos orçamentários depende de deliberação do Poder Legislativo, mediante a comprovação da existência de recurso (C.F., art. 167, V)”?**

POSIÇÃO DE IVES GANDRA MARTINS

Firma o doutrinador a primazia da legalidade da despesa pública ao tempo em que afirma a impossibilidade de descumprimento da decisão judicial impositiva de obrigação patrimonial ao qual o Poder público opõe a escusa de inexistência de previsão orçamentária, a sua insuficiência ou esgotamento. Para solucionar o caso propõe a prática de um discurso argumentativo com o Poder Judiciário transferindo-lhe a responsabilidade – e sob pena de responsabilidade- de localizar no orçamento a solução que propiciará o cumprimento de sua decisão. No caso a sua disposição de cumprir o comando sentencial limita-se a exibir a lei orçamentária para comprovar as suas limitações e pedir a inclusão no feito do Poder Legislativo para que este indique a fonte de custeio da despesa decorrente da ordem judicial...olvida, contudo, que a iniciativa da lei orçamentária é do Poder Executivo e que, portanto, cabe a ele indicar as formas e meios de buscar receita para adimplemento de suas obrigações. Olvida ainda da relação entre princípios e regras e da relação de instrumentalidade entre as normas orçamentárias – ainda que insertas na Constituição – e as normas definidoras de direitos e liberdades fundamentais – de natureza defensiva ou prestacional -, que constituem o mínimo existencial necessário à uma existência digna. Ou seja, a sua abordagem desvincula fins e meios e transfere ao próprio judiciário a responsabilidade de buscar meios para o cumprimento de suas decisões. Tudo a modo de blindar o gestor e ministrar-lhe meios de esquivar-se de cumprir os deveres que lhe são impostos pelo comando sentencial pela elementar razão de haver inadimplido.

De sua parte, EROS ROBERTO GRAU, após digressão sobre a natureza de norma jurídica das regras e princípios jurídicos, aponta a distinção entre elas firme no aspecto da generalidade, este para firmar a limitação das regras a casos certos e determinados, de modo que só contempla as exceções à sua aplicabilidade em situações por ela mesma estabelecida, bem assim do juízo enunciativo da regra que, ao lado do fato gerador da imposição normativa agrega o comando sancionatório para o caso de inadimplemento. Quanto aos princípios anota o caráter de generalidade para aplicação a casos indeterminados. Após estas disceptações aponta a questão da antinomia normativa própria e imprópria, para afirmar que no caso dos princípios há possibilidade de convivência e harmonização prática entre princípios aparentemente conflitantes, o mesmo não ocorrendo em relação às regras jurídicas.

— Eis, assim, a solução que dou ao terceiro quesito proposto na consulta, a partir da consideração da situação que, no sentido adotado no contexto deste meu parecer (item 20, acima), refiro como de *exaustão da capacidade orçamentária*: neste caso deverá a Administração, demonstrada e comprovada essa exaustão perante o Supremo Tribunal Federal, *não cumprir as decisões do Poder Judiciário*. Em face de todo o exposto, dou as seguintes respostas aos quesitos contidos na consulta:

[...]

em situação de inexistência de recursos suficientes para o cumprimento de decisões judiciais *nos termos da normatividade constitucional*, a Administração deverá prover-se de créditos orçamentários sem observar as regras veiculadas pelo artigo 167, II, pelo artigo 85, VI, pelo artigo 166, pelo artigo 167, V, pelo artigo 167, VI e pelo artigo 169 da Constituição de 1988 e pelo artigo 38 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias —: a *eficácia* dessas regras, em relação àquela situação, *é afastada*; (c2) em situação que, no sentido adotado no contexto deste meu parecer (item 20, acima), refiro como de *exaustão da capacidade orçamentária*, deverá a Administração, demonstrada e comprovada essa exaustão perante o Supremo Tribunal Federal, *não cumprir as decisões do Poder Judiciária*.

E como penso eu? Penso que tudo na vida reclama sabedoria e prudência. Neste sentido entendo que o fio condutor da melhor solução para cada caso será a observância do princípio da legalidade, da juridicidade, melhor dito, orientado por aqueles que lhe são ínsitos a razoabilidade, a proporcionalidade e a finalidade, de modo a garantir-se a máxima efetividade aos direitos fundamentais indispensáveis ao mínimo existencial necessário para uma vida digna.