XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr

Luciani Coimbra de Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-770-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

MAIS UMA VEZ O CONPEDI SE AFIRMA COMO UM CONCLAVE DESTACADO PELA PESQUISA DE PONTA DA SOCIEDADE CIENTÍFICA DO DIREITO.

O GRUPO DE TRABALHO INTITULADO DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA, COORDENADO PELOS PROFESSORES DOUTORES FERNANDO GUSTAVO KNOERR (UNICURITIBA) E LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO (UFMS) TROUXE A LUME OS MAIS RECENTES MEANDROS IMPRESSOS À DISCIPLINA ADMINISTRATIVA DO ESTADO BRASILEIRO, CENTRALIZANDO OS TEMAS DE MAIOR INDAGAÇÃO NA INFLUÊNCIA CRESCENTE DA CONSENSUALIDADE NA SOLUÇÃO DE LIDES ADMINISTRATIVAS, PRINCIPALMENTE NA SEARA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, E TAMBÉM NA CONSEQUENCIALIDADE INSTIGADA PELAS REGRAS, AINDA EM AMADURECIMENTO, ACRESCENTADAS À LINDB.

“A (IM)POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NOS INQUÉRITOS CIVIS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DIANTE DA RESOLUÇÃO Nº 179 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO”, TEMA DO ARTIGO ESCRITO POR ANA LUIZA BRANDÃO DE AGUIAR VILAÇA E RODRIGO ANTONIO RIBEIRO STORINO, VERTICALIZOU A ABORDAGEM CRÍTICA DA PROIBIÇÃO DO ACORDO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A INCONGRUÊNCIA DESSA DISPOSIÇÃO COM A POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO CONSENSUAL ATÉ MESMO EM AÇÕES PENAIS (TRANSAÇÃO PENAL), DESTACANDO A INOVAÇÃO TRAZIDA PELA RESOLUÇÃO Nº. 179 DO CNMP QUE, EMBORA AINDA ENCONTRE OBSTÁCULOS EM SUA APLICABILIDADE – DADO O CARÁTER ABERTO DE SUAS DISPOSIÇÕES – REPRESENTA IMPORTANTE AVANÇO NA REGULAMENTAÇÃO DOS ACORDOS EM MATÉRIA DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

O TRABALHO APRESENTADO SOBRE “A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E A LEI Nº 13.460/2017” POR LEANDRO SOUZA ROSA E FERNANDO GUSTAVO KNOERR, DEMONSTROU DE FORMA CONTUNDENTE A PLENA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO

CONSUMIDOR AOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS, AFASTANDO O RISCO DE TRANSFORMAR USUÁRIO EM CLIENTE PARA COMPROVAR QUE O CARÁTER TUTELAR DESTE DIPLOMA LEGAL É INCLUSIVO, PROTEGENDO DE IGUAL FORMA TANTO OS USUÁRIOS QUE CUSTEIAM DIRETAMENTE O SERVIÇO MEDIANTE O PAGAMENTO DE TARIFAS E PREÇOS PÚBLICOS, QUANTO OS QUE, NÃO TENDO CONDIÇÕES DE FAZÊ-LO, TÊM DIREITO DE ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO PELA TITULARIDADE DA CONDIÇÃO DE CIDADÃOS.

"A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO" FOI TRATADA POR FERNANDO DE BRITO ALVES E POR LUIZ HENRIQUE NÉIA GIAVINA BIANCHIA, DEFENDENDO O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO DO PROJETO DE LEI ORÇAMENTÁRIA, PERMITINDO DESTE MODO O CONTROLE JUDICIAL ANTECIPADO NA ESTRUTURAÇÃO DOS CANAIS DE ARRECADAÇÃO E DESPESAS DO ESTADO. COLOCOU NO CENTRO DE DISCUSSÃO O ESPAÇO DE DISCRICIONARIEDADE RESERVADO AO GESTOR PÚBLICO DIANTE DESSA EVENTUAL PRERROGATIVA JUDICIAL, ANALISANDO A ESCALA DE EVOLUÇÃO DOS DIREITOS AO LONGO DOS MODELOES ESTATAIS PARA SEPARAR OS DIREITO DE PRIMEIRA, SEGUNDA E TERCEIRA GERAÇÕES. CENTROU A ANÁLISE NOS DE SEGUNDA GERAÇÃO JUSTIFICANDO QUE, POR SEREM VOCACIONADOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, SÃO EXATAMENTE OS QUE CAUSAM MAIOR IMPACTO ORÇAMENTÁRIO, INVOCANDO O TEMPERO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA COM A EFICIENTE GESTÃO DE RECURSOS PÚBLICOS.

LEONARDO VIEIRA ARRUDA ACHTSCHINA, ABORDOU A "ILEGALIDADE DO CONTROLE DO TCU SOBRE DECISÕES DA ANS: O CASO DO REAJUSTE DE PLANOS DE SAÚDE", DESTACANDO O RISCO DE INVASÃO DE COMPETÊNCIAS CONTROLADORAS NAS HIPÓTESES EM QUE DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SE SOBREPÕEM ÀS NORMAS EXPEDIDAS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS, AFIRMANDO QUE HÁ DE FATO UM CONFLITO A SER RESOLVIDO PELA DEFINIÇÃO MAIS CLARA DOS LIMITES DE ATUAÇÃO DE CADA ENTIDADE, PRINCIPALMENTE NO QUE DIZ RESPEITO AO CONTROLE FINALÍSTICO. DESTACOU QUE ESTE CONFLITO DE COMPETÊNCIAS MUITAS VEZES PROTELA A EFICÁCIA DO CONTROLE EXERCIDO TANTO PELAS AGÊNCIAS QUANTO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS, POIS A SOBREPOSIÇÃO DE COMPETÊNCIAS CONDUZ À JUDICIALIZAÇÃO DA CONTROVÉRSIA.

RENAN GOMES DE MESQUITA ABORDOU “A IMPORTÂNCIA DA FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO CEARÁ NAS LICITAÇÕES PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS ATINENTES AOS PRECATÓRIOS DO FUNDEF PARA O FINANCIAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM EDUCAÇÃO”. PARTINDO DE UM CASO PRÁTICO COLHIDO DA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS PARTICULARES POR MUNICÍPIOS – MUITAS VEZES POR CONTRATAÇÃO DIRETA – PARA A BUSCA DE VERBAS DO FUNDEF. AFIRMOU QUE A CONTRATAÇÃO DIRETA SERIA ILEGAL, POIS O TRABALHO DESENVOLVIDO NÃO SE REVESTE DE SINGULARIDADE A PONTO DE JUSTIFICAR A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, TRIBUTANDO A CONTRATAÇÃO À AUSÊNCIA, EM MUITOS MUNICÍPIOS, DE PROCURADORIA CONSTITUÍDA COM SERVIDORES, ORÇAMENTO E AUTONOMIA ADMINISTRATIVA PARA DESENVOLVER ESTE TIPO DE FUNÇÃO, O QUE DISPENSARIA A CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO PARTICULARES. DESTACOU, PORTANTO, QUE: 1) NÃO SE JUSTIFICA A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO; 2) A PROCURADORIA MUNICIPAL DEVE DESEMPENHAR ESTA FUNÇÃO; 3) OS VALORES DO FUNDEF ESTAVAM SENDO DESVIADOS PARA O CUSTEIO DE ADVOGADOS A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS COBRADOS EM PERCENTUAIS E; D) OS VALORES COBRADOS SERIAM ABSOLUTAMENTE ALEATÓRIOS.

O TEMA “A TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: O DECRETO 9.507/2018 É CONSTITUCIONAL?” FOI PESQUISADO POR MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI E ISABELLA CALABRESE SIMÃO, DESTACANDO QUE O TRANSPLANTE DAS REGRAS DE TERCEIRIZAÇÃO DO SETOR PRIVADO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, APLICADA LÁ E AQUI DE FORMA IRRESTRITA, COMO CONSEQUÊNCIA DA RECENTE REFORMA TRABALHISTA, NÃO ENCONTRA JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL PARA ANCORAR-SE, QUANDO APLICADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NEM NO DECRETO-LEI 200/1967 – ATÉ PORQUE SE TRATA DE LEGISLAÇÃO PRÉ-CONSTITUCIONAL - NEM NA LEI 8.666/93 (LEI DE LICITAÇÕES). CONCLUI QUE O DECRETO Nº. 9.507 /2018, AO ADMITIR A TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ASSUME FEIÇÃO INOVADORA DO ORDENAMENTO JURÍDICO QUE APENAS PODERIA SER RECONHECIDA À LEI, E POR ISSO APROXIMA-SE DA CONDIÇÃO DE UM DECRETO AUTÔNOMO, INCONSTITUCIONAL, FORMAL E MATERIALMENTE.

“A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTE DA CORRUPÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL AO GOVERNO HONESTO” FOI TRATADA POR JOSE DE OLIVEIRA JUNIOR E POR LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK, PONDO EM DESTAQUE O DIREITO FUNDAMENTAL A UM GOVERNO HONESTO, LIVRE DA VIOLAÇÃO MORAL SUPERIOR (CORRUPÇÃO), AMPARADO NA TRILOGIA: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA + PRINCÍPIO REPUBLICANO + CIDADANIA. O TRABALHO DEMONSTROU QUE A CORRUPÇÃO VIOLA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRODUZ EXCLUSÃO SOCIAL.

O TRABALHO SOBRE “AS ALTERAÇÕES NA LINDB E O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA” FOI APRESENTADO POR MORGANA BELLAZZI DE OLIVEIRA CARVALHO, TRATANDO DAS CRÍTICAS QUE AS NORMAS SOBRE A DISCIPLINA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ACRESCENTADAS À LINDB SOFRERAM, REPELINDO-AS MEDIANTE A DEMONSTRAÇÃO DE QUE TÊM UTILIDADE ESSENCIAL QUE VAI MUITO ALÉM DE UMA MERA LISTA DE OBVIEDADES, NÃO SENDO NECESSÁRIO QUE SE CONSTITUA EM LEI AUTÔNOMA. A LINDB, ASSIM COMO AS LEIS EM GERAL, DEVEM SER CONSIDERADAS FERRAMENTAS QUE POTENCIALIZAM, A AÇÃO HUMANA.

“CONTROLE INTERNO DAS PESSOAS JURÍDICAS: DO OMBUDSMAN AO SISTEMA DE COMPLIANCE” FOI O TEMA DO TRABALHO APRESENTADO POR GISLENI VALEZI RAYMUNDO, AFIRMANDO QUE O SISTEMA BRASILEIRO ADMITE FORMAS DE CONTROLES DA ATUAÇÃO ESTATAL QUE NÃO SE LIMITAM AOS MÉTODOS TRADICIONAIS, SENDO CERTO QUE A PRÓPRIA POPULAÇÃO PODE TAMBÉM EXERCÊ-LOS POR MEIO DOS INSTRUMENTOS DE DEMOCRACIA DIRETA PREVISTOS PELA CONSTITUIÇÃO. DESTACA A IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE TAMBÉM NA DISCIPLINA DAS RELAÇÕES PRIVADAS COMO RELEVANTE INSTRUMENTO DE FOMENTO À CULTURA DA PROBIDADE.

ERIC JOSE MIGANI E ROBERTA MARTINS SOARES MACIEL ISMAEL APRESENTARAM O RESULTADO DE PESQUISA DIRECIONADA À ANÁLISE DO “DIREITO À NOMEAÇÃO E POSSE DE CANDIDATOS APROVADOS EM CADASTRO DE RESERVA EM CONCURSOS PÚBLICOS”. INICIANDO POR UM PERCURSO HISTÓRICO DA LINHA DECISÓRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PASSANDO PELA ADEQUADA DEFINIÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS PARA APORTAR NOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. A CONFLUÊNCIA DESTES TEMAS ENVEREDOU PARA O DESTAQUE DO TEMA 784/STF, CONCLUINDO QUE

HÁ DIREITO À NOMEAÇÃO QUANDO A) O CANDIDATO FOI APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS DO EDITAL; B) HOUVE PRETERIÇÃO DO CANDIDATO E; C) FOI REALIZADO UM NOVO CONCURSO QUANDO AINDA VIGENTE O ANTERIOR.

PARA TRATAR DA “LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E SUA EFETIVIDADE: UMA ANÁLISE NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO BRASIL”, MARIANA MARA MOREIRA E SILVA REALIZOU UMA PROFUNDA PESQUISA DE CAMPO, CONSULTANDO 27 TRIBUNAIS. RECEBEU RESPOSTA DE 17 E, PORTANTO, CENTROU SUA ANÁLISE EM 62,96% DOS TRIBUNAIS CONSULTADOS, CONCLUINDO PELA FALTA DE EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA.

“O PODER DISCRICIONÁRIO E O CONTROLE DE JURIDICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS”, TEMA DO TRABALHO APRESENTADO POR HENRIQUE GASPAR MELLO DE MENDONÇA, PROPÕE COM MUITA ACUIDADE A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA, MUITAS VEZES MANIQUÍSTA, ENTRE VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE, INSTITUINDO GRAUS DE VINCULAÇÃO PARA DESTACAR QUE NUM GRAU INTERMEDIÁRIO DE VINCULAÇÃO ESTÃO OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E, DESSE MODO, QUANTO MAIOR A VINCULAÇÃO, MAIOR A POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA JUDICIAL.

O TRABALHO SOBRE OS “REFLEXOS DAS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO CONVENCIONAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR” FOI ESCRITO POR LUIZ MAGNO PINTO BASTOS JUNIOR E POR AMANDA GUIMARÃES DA CUNHA, A PARTIR DE UMA PESQUISA COMPARATIVA DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, PARA CONCLUIR PELA AUSÊNCIA DE UM PROCESSO ADMINISTRATIVO SUBSTANCIAL, RESSALTANDO A AUSÊNCIA DE TIPICIDADE FECHADA E, NESSA LINHA, A ABERTURA DE ESPAÇO PARA A ARBITRARIEDADE NA IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES.

GIL CÉSAR COSTA DE PAULA PESQUISOU “SOBRE A ORIGEM DO ESTADO BRASILEIRO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS”, RESULTANDO UM TRABALHO DE ABORDAGEM FORTEMENTE TEÓRICA, COM NÍTIDO APORTE SOCIOLÓGICO, PERCORRENDO FAORO, WEBER E OUTROS DESTACADOS SOCIÓLOGOS EM BUSCA DO CONCEITO DE ESTADO PATRIMONIALISTA PARA APROFUNDAR A ANÁLISE CRÍTICA DOS CONCEITOS DE NAÇÃO E NACIONALISMO.

A “TRANSAÇÃO ADMINISTRATIVA: ENFRENTANDO O ARGUMENTO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO” FOI OBJETO DO ESTUDO DESENVOLVIDO POR JOÃO LUCAS ARCANJO CARNEIRO E RAFAEL DA NÓBREGA ALVES PRAXEDES, PONDO EM LINHA DE ANÁLISE PARA SUPERAR A APARENTE CONTRADIÇÃO ENTRE A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A TRANSAÇÃO ADMINISTRATIVA. DEMONSTROU QUE A CONSENSUALIDADE NAS LIDES QUE ENVOLVEM O INTERESSE PÚBLICO COM ELE SE HARMONIZA NA MEDIDA EM QUE EVITA O ABARROTAMENTO DA ESTRUTURA JUDICIAL, CONDUZINDO A UMA SOLUÇÃO DE CONFLITOS MAIS RÁPIDA E EFICAZ.

PROFESSOR DR. FERNANDO GUSTAVO KNOERR

PROFESSOR DO PPGD DO UNICURITIBA

PÓS-DOUTOR EM DIREITO DO ESTADO PELO IUS GENTIUM CONIMBRIGAE DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

PROFESSORA DRA. LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO

PROFESSORA DO PPGD DA UFMS

DOUTORA EM DIREITO DO ESTADO PELA PUC/SP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO

ADMINISTRATIVE DISCRETION AND THE PREPARATION OF THE PUBLIC BUDGET

Fernando De Brito Alves
Luiz Henrique Néia Giavina Bianchi

Resumo

A Constituição prevê uma série de obrigações ao Estado. Obrigações estas que implicam em despesa. Nesse contexto, entra o orçamento público como instrumento onde se define a alocação dos recursos públicos. Imperioso enfrentar a discricionariedade na administração, destacando seu relevante papel, bem como os efeitos maléficos decorrente do seu abuso. A partir daí pode-se aferir o papel do Judiciário no controle da despesa pública ainda na fase de tramitação dos projetos de leis que darão origem às leis orçamentárias.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Discricionariedade, Orçamento, Despesa pública, Controle judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The Constitution provides for a series of obligations to the State. Obligations that imply expenditure. In this context, the public budget enters as an instrument where the allocation of public resources is defined. It is imperative to face the discretion in the administration, highlighting its relevant role, as well as the evil effects resulting from its abuse. From this point on, the role of the Judiciary can be measured in the control of public expenditure, which is still in the process of drafting bills that will give rise to budgetary laws.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Discretionary, Budget, Public expenditure, Judicial control

INTRODUÇÃO

Este estudo se baseia numa abordagem pelo método interpretativo, partindo da análise e exegese de textos em revisão bibliográfica de livros, artigos e julgados disponíveis em meio físico e digital.

A partir desta metodologia, visa refletir sobre o papel do Poder Judiciário na garantia da implementação de políticas públicas tendentes a satisfazer os direitos fundamentais de segunda dimensão, tidos como prestacionais, na medida em que seja chamado a interceder na elaboração dos projetos de lei que darão origem às leis orçamentárias PPA, LDO e LOA em casos onde ocorra abusos por parte do autor da proposta (no caso, o Chefe do Poder Executivo) ao não destinar recursos mínimos em despesas com saúde e educação, ou ainda excesso em despesas com pessoal, condutas estas vedadas pela Constituição Federal e Lei de Responsabilidade Fiscal.

Atualmente, o Brasil está inserido no contexto de um Estado do bem-estar social, onde se prima pelo respeito e observância dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

De início, já no Inciso III do Artigo 1º da Constituição Federal está prevista a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Por sua vez, o Artigo 3º estabelece como um dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como redução das desigualdades sociais e regionais.

Para tanto, o Estado deve respeitar os direitos fundamentais de primeira dimensão, observando a liberdade do cidadão; sem prejuízo de implementar políticas públicas tendentes à satisfação dos direitos prestacionais de segunda dimensão, bem como zelar os direitos fundamentais de terceira dimensão, garantindo a paz e protegendo o meio ambiente ecologicamente equilibrado, por exemplo.

Para cumprir a missão de garantir os direitos fundamentais de segunda dimensão, o Estado, de acordo com a ordem constitucional vigente, deve alocar os recursos financeiros no chamado orçamento público. Este, por sua vez, versa sobre uma lei que determina o montante que se arrecada e determina onde será realizada a despesa pública.

Sua criação parte do Poder Executivo, nos termos do Artigo 165 da Constituição Federal. O Executivo o encaminha ao Legislativo para que sua tramitação se dê neste Poder, cujo resultado será a Lei Orçamentária Anual – LOA, que será abordada mais adiante.

Ao elaborar o projeto de lei orçamentária, o Chefe do Poder Executivo determina os rumos de sua administração (respeitando sempre as leis que o antecedem, no caso, o Plano Plurianual – PPA, e a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO), informando o montante de recursos que irá destinar a cada área de sua gestão.

De outra banda, deve-se ter em mente ainda que ao elaborar a peça orçamentária, o gestor público deve observar as obrigações mínimas de gasto com saúde e educação (artigos 198, § 2º e 165 da Constituição Federal, respectivamente).

Assim, para que o Executivo cumpra os patamares mínimos estabelecidos pela Constituição Federal, deve obrigatoriamente prever em sua peça orçamentária, posto que, nenhuma despesa pública pode ser realizada à revelia de previsão na LOA, nos termos do Artigo 167 da Constituição Federal.

A partir da obrigação do Estado Brasileiro garantir patamares mínimos previstos na Constituição Federal, a partir, ainda, do contexto neoconstitucional em que o Poder Judiciário é chamado a dar cumprimento aos preceitos contidos na Constituição Federal, é dever verificar como dar-se-á essa atuação do Judiciário, o que tentaremos passar a aferir.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA À CLASSIFICAÇÃO POR DIMENSÕES

Ao abordar a temática dos direitos fundamentais, é imperioso destacar que existe toda uma evolução histórica em sua formação. Vidal Serrano Nunes lembra que "tais direitos não nasceram de um momento para o outro, mas foram gerados ao longo de um cenário histórico." (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 42).

Com a Declaração dos Direitos Norte Americana e a Declaração Francesa, o Estado passou a tutelar os direitos fundamentais de primeira dimensão, abstendo de interferir na esfera particular do cidadão, passando a proteger a propriedade privada.

Trata-se da gênese do Estado Liberal que possibilitou uma enorme prosperidade sob o aspecto material, mas culminou com um aumento excepcional da desigualdade social. No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato exalta que:

> A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários era considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para

> estipular o salário e as demais condições de trabalho. (COMPARATO, 2015, p. 65-66)

No início do Século XX, movimentos sociais passaram a pleitear direitos sociais, uma vez que o liberalismo e a revolução industrial do século anterior resultaram em exploração da classe trabalhadora. Surgiam nesse contexto os direitos fundamentais de segunda dimensão, cujo mote era a tutela da igualdade entre os cidadãos. Sobre o tema, Vidal Serrano Nunes Júnior explica que:

> Tais direitos remetem ao início do Século XX, em que a questão da dignidade material do ser humano ficou à mostra por uma série de ocorrências históricas. Dentre muitas, podemos citar a revolução socialista na União Soviética, a quebra da bolsa de valores nos Estados unidos da América em 1929 e o pródigo reconhecimento dos direitos sociais pela Constituição de Weimar, na Alemanha. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 46)

Como citado acima, observa-se que os direitos fundamentais são comumente separados pela doutrina em dimensões. A maioria estabelece três dimensões, sendo a primeira a que tende a tutelar os direitos civis e políticos. Já os direitos fundamentais de segunda dimensão guardam relação com os direitos culturais, econômicos e sociais. Por fim, tem-se por direitos fundamentais de terceira dimensão aqueles que protegem a humanidade em geral, tais como o direito à paz e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A revolução francesa exerceu grande influência sobre os direitos fundamentais, seu lema "liberdade, igualdade e fraternidade" são tidos como a base destes direitos. Cada expressão contida na expressão acima se relaciona com cada uma das três dimensões dos direitos fundamentais.

Os de primeira dimensão se confundem com a liberdade, ao passo que os de segunda relacionam-se com a igualdade, por fim, os direitos fundamentais de terceira dimensão têm como fundamento a fraternidade. Compartilhando deste entendimento, Walter Claudius Rothenburg esclarece:

> A liberdade correspondem os direitos individuais ou de primeira dimensão, à igualdade correspondem os direitos sociais ou de segunda dimensão e à fraternidade (ou numa terminologia mais atual, solidariedade) correspondem os direitos "difusos" ou de terceira dimensão (ROTHENBURG, 2014, p.64).

No mesmo sentido, Leonardo Augusto Gonçalves leciona que:

> Heranças da tradição francesa, a liberdade, a igualdade e a fraternidade podem ser consideradas como pilares de sustentação da doutrina dos direitos fundamentais. A cada um destes pilares corresponde uma dimensão de tal gênero de direitos. (GONÇALVES, 2013, p. 29).

Os direitos sociais (direitos fundamentais de segunda dimensão) também são conhecidos como direitos positivos, vez que exigem um fazer por parte do Estado, e não somente uma abstenção, como no caso dos direitos fundamentais de primeira dimensão.

Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet traz a classificação dos direitos fundamentais em razão da sua multifuncionalidade, senão vejamos.

> Os direitos fundamentais, em razão de sua multifuncionalidade, podem ser classificados basicamente em dois grandes grupos, nomeadamente os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – e políticos) e os direitos a prestações (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional). (SARLET, 2012, p. 260)

Tais direitos prestacionais por exigir esta contraprestação por parte do Estado, invariavelmente geram custos a serem absorvidos pelo ente estatal. Nesse contexto, a despesa pública acaba por versar sobre uma escolha por parte do Chefe do Poder Executivo, tomada a partir da elaboração das leis orçamentárias que serão tratadas mais adiante.

2 A IMPORTÂNCIA DO ORÇAMENTO PÚBLICO

Aspecto relevante que surge neste momento no tocante à implementação destes direitos fundamentais de segunda dimensão que invariavelmente geram despesas ao Estado é a escolha, por parte do gestor público, sobre qual política pública irá implementar e de que maneira dar-se-á tal implementação.

Para tanto, o Poder Executivo deve lançar mão de políticas públicas por meio de escolhas a serem efetuadas quando da criação do orçamento público. Esta ferramenta tem a missão de alocar, por meio de lei, os recursos públicos destinados a satisfação destes direitos fundamentais.

James Giacomoni lembra que a gênese do orçamento público remete ao Artigo 12 da Marga Carta de 1215, assinada pelo Rei da Inglaterra, João Sem Terra. Nesse sentido:

> Mesmo não envolvendo o lado da "despesa pública", o artigo 12 da Marga Carta é geralmente considerado pelos tratadistas como uma espécie de embrião do orçamento público (GIACOMONI, 2010, p. 32)

Já no Brasil, a criação do orçamento está ligada à vinda da Família Real em 1808, ocasião em que o Rei de Portugal, D. João VI criou o Erário Público e o regime de contabilidade.

Trata-se de um instrumento que tem o intuito de disciplinar a arrecadação e as despesas do Estado. Tem como característica ainda a possibilidade de viabilizar o chamado accountability, que consiste no ato controlar os gastos do ordenador da despesa.

Vale dizer, versa sobre instrumento que auxilia aos órgãos de controle, tais como Poder Legislativo e Tribunais de Contas, bem como à população que terá meios de aferir se as despesas públicas estão de acordo com o que está previsto nas peças orçamentárias.

Nesse sentido, James Giacomoni assegura que:

> [...] o orçamento, desde o início, representou uma importante conquista como instrumento disciplinador das finanças públicas, sua função principal foi a de possibilitar aos órgãos de representação um controle político sobre os Executivos. (GIACOMONI, 2010, p. 55).

O orçamento público é instrumento de publicidade e transparência, tendo em vista que, a partir dele qualquer cidadão tem acesso a como serão empregados os recursos públicos no decorrer do exercício. Nesse aspecto, nota-se que o orçamento público é importante ainda no que diz respeito à segurança jurídica, pois gera ao menos uma expectativa de que determinada política pública será implementada.

Oportuno destacar que o orçamento é uma lei que apenas autoriza o Executivo a adotar tais ações. É pacífico que no Brasil o orçamento público tenha natureza meramente autorizativa, atribuindo ao ordenador da despesa definir os rumos da execução orçamentária. Nesse sentido, Vidal Serrano Nunes lembra que:

> Todavia, no âmago do próprio princípio da legalidade, surge o chamado princípio de legalidade orçamentária [...] um dado essencial que, antes de mais, deve ser registrado é o fato de que a lei orçamentária autoriza, mas não vincula. É dizer, sem a previsão orçamentária, a despesa, em princípio, não pode ser realizada, mas com ela o Executivo não se vê obrigado à sua realização. (NUNES JUNIOR, 2009, p. 171)

Assim, verifica-se que existe certa discricionariedade por parte do administrador público na implementação de políticas públicas tendentes a satisfazer os direitos e garantias fundamentais de segunda dimensão.

2.1 AS LEIS QUE COMPÕEM O ORÇAMENTO PÚBLICO

Orçamento Público, nos termos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 é consubstanciado por três leis: o Plano Plurianual - PPA, a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO, e a Lei Orçamentária Anual - LOA. Tais leis serão objeto de análise a seguir.

Antes de abordá-las é oportuno lembrar que o orçamento público deve ser elaborado por meio de lei e, portanto, tem força normativa. Deve-se lembrar que, ao contrário da iniciativa privada onde o particular pode fazer tudo desde que não seja proibido por lei, no âmbito da administração pública, o ordenador da despesa só age quando a lei assim o permitir.

Leonardo Augusto Gonçalves, repassando os ensinamentos de Sandoval Alves da Silva, ressalta a importância do PPA, da LDO e da LOA no planejamento das políticas públicas, nesse sentido:

> De acordo com o art. 174 da Constituição Federal de 1988, o planejamento é obrigatório para o setor público e indicativo para o setor privado. Em que se pese estar inserido entre os dispositivos que tratam da ordem econômica e financeira, referido artigo aplica-se às normas constitucionais orçamentárias, dando ensejo à formação do que se pode denominar "planejamento orçamentário tridimensional", tendo por instrumentos o PPA, a LDO e a LOA. (GONÇALVES, 2013, p. 208).

Vale dizer, as leis que passaremos a analisar são instrumentos de suma importância no planejamento de políticas públicas, cuja observância se faz obrigatória no âmbito da administração pública brasileira.

2.1.1 PPA

Como dito alhures, o Plano Plurianual, ou simplesmente PPA, tem previsão constitucional. Assim, para iniciar sua análise, é imperioso trazer a sua regulamentação na íntegra:

> Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
>
> I - o plano plurianual;
>
> § 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

De acordo com o disposto acima, pode-se concluir que o PPA deve conter as diretrizes, objetivos e metas para programas de duração continuada.

O Artigo 35, § 2º, Inc. I do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal lembra que a vigência do PPA é de 4 (quatro) anos, tendo início a partir do segundo ano de mandato do chefe do Poder Executivo. Tal lógica decorre da ideia de continuidade das obras públicas, devendo o Chefe do Poder Executivo dar continuidade às obras do seu antecessor.

Na falta de Lei Complementar para regulamentar o tema, a que alude o Inciso I do § 9º do Artigo 165, a doutrina vem se debatido sobre os conceitos de "regionalização", "despesas de capital" e "programa de duração continuada".

Para tanto, tem se socorrido nos dispositivos trazidos pela vetusta lei 4.320 de 17 de março de 1964, no citado Ato das Disposições Transitórias e na Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

2.1.2 LDO

Seguindo a lógica do tópico anterior, oportuno trazer o dispositivo constitucional que regula a Lei de Diretrizes orçamentárias.

> Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
>
> II - as diretrizes orçamentárias;
>
> § 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subseqüente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Com uma rápida análise ao fragmento supracitado podemos verificar que a Lei de Diretrizes Orçamentárias deve prever as metas e prioridades da administração. Entretanto, diferentemente do PPA, a LDO não tem vigência de 4 (quatro) anos, e sim de 1 (ano).

Cabe à LDO ainda estabelecer orientações a serem seguidas pelo Legislador quando da elaboração da Lei Orçamentária Anual – LOA. Além disso, a LDO deve prever as alterações que se fizerem necessárias às leis de natureza tributária, ou seja, deve autorizar, por exemplo, a criação de uma lei de isenção, por exemplo.

Lembrando que não é o objetivo de esgotar o tema, dada a breviedade deste trabalho. Ainda assim, observa-se que dentre outras atribuições atinentes à LDO, a ela cabe autorizar a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração dos servidores públicos, bem como autorizar a realização de concurso público.

Por fim, esclarece-se que a LDO deve sempre ser compatível com o Plano Plurianual, nos termos do Artigo 165, §7º da Constituição Federal de 1988.

2.1.3 LOA

Para finalizar a análise da tríade das leis orçamentárias, é o momento da análise da Lei Orçamentária Anual – LOA, para tanto, e mantendo a coerência, vejamos o disposto na Constituição Federal sobre esta lei.

> Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
>
> III - os orçamentos anuais.
>
> § 5º A lei orçamentária anual compreenderá:
>
> I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

> II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;
>
> III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Tal qual a LDO, a Lei Orçamentária Anual tem vigência de somente 1 (um) ano, devendo ainda respeitar tanto o PPA quanto a LDO, de acordo com o § 7º do Artigo 165 da Constituição Federal de 1988.

Ressalta-se que a LOA é constituída por três orçamentos distintos. O orçamento fiscal, o orçamento da seguridade social e o orçamento de investimentos de empresas.

O orçamento fiscal corresponde ao orçamento dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como de seus respectivos fundos, órgãos, e entidades da administração direta e indireta.

Já o orçamento da seguridade social prevê o orçamento da seguridade social, englobando os órgãos e ela vinculados, como saúde, previdência social e assistência social.

Por fim, o orçamento de investimentos das empresas é onde consta o orçamento para investimentos nas empresas em que o Estado detém a maioria do capital social. Giacomoni lembra que, "com o processo desestatização, fenômeno que se tornou realidade na década de 90, o orçamento de investimentos das empresas estatais teve diminuídos sua importância e significado" (GIACOMONI, 2010, p. 227).

Nota-se que em se tratando de LOA, não há falar em diretrizes da maneira como o PPA e a LDO versam. Trata-se do orçamento propriamente dito onde constam os valores de cada ação ou política pública que deverá ser executada pelo gestor da coisa pública.

3 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA VERSUS APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com o exposto acima, diante da natureza predominantemente autorizativa do orçamento, o fato de estar previsto como política pública nas leis orçamentárias, não implica em dizer que o que consta na lei orçamentária será de fato implementado.

Além disso, em virtude da discricionariedade do administrador, quando da efetivação da política pública efetivamente considerada, esta execução orçamentária pode representar um obstáculo ao acesso de direitos fundamentais para os cidadãos.

Sobre a discricionariedade, propriamente dita, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que:

> Discricionariedade é a margem de "liberdade" que remanesça ao administrador eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, 2005, p. 902).

Extraindo seu entendimento, pode-se aferir que a discricionariedade deve sempre adotar a solução mais eficiente para a satisfação dos direitos fundamentais.

De acordo com o Artigo 5º, § 1º da Constituição Federal vigente, os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata. Nesse sentido, ressalta-se que a discricionariedade do administrador esbarra nesta norma constitucional, não cabendo a ele decidir se irá ou não cumprir este mandamento constitucional. No mesmo sentido, Vidal Serrano Nunes Júnior destaca:

> Ante a norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, como as que se incumbem de atribuir a todos os indivíduos o direito público subjetivo à educação básica e à saúde, designando, por via reflexa, o dever do Estado de adotar medidas concretas, a fim de satisfazer tais desideratos normativos, **não há, com efeito, margem de liberdade para o administrador escolher se vai atender**, ou não, os demandatários de tais espécies de atenção pública. (Grifo nosso) (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 202)

Assim, nota-se que a discricionariedade dos atos administrativos deve-se pautar nos limites da lei, devendo ainda observar que a **aplicabilidade dos direitos fundamentais deve ocorrer de forma imediata**, nos termos da própria Constituição.

Oportuno ressaltar que a discricionariedade administrativa é relativa, pois, a liberdade atribuída ao gestor da coisa pública deve ser exercida na busca das finalidades constitucionais. (CAMBI, 2016, p. 307).

Vale dizer, não se pode usar o poder discricionário visando atender interesses privados, favorecendo terceiros ou perseguindo determinados sujeitos, o que corresponde ao chamado desvio de finalidade, que enseja a declaração de nulidade por parte do Poder Judiciário.

Mais uma vez, buscando os ensinamentos de Eduardo Cambi, deve-se lembrar que a liberdade atribuída pelo legislador ao administrador não se confunde com a autonomia da vontade na esfera privada. A discricionariedade administrativa é um meio para se concretizar o interesse público. Esta liberdade existe para que o administrador encontre a melhor maneira de

implementar determinada política pública, sempre na busca do interesse público. (CAMBI, 2016, p. 308).

Eduardo Cambi lembra ainda que a margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, não pode excluir o dever de motivação, inerente aos Princípios da Legalidade, Impessoalidade e Publicidade. (CAMBI, 2016, p. 310).

Vale dizer, não é porque o ato é discricionário que o administrador está isento do dever de motivar sua decisão.

Discute-se ainda a aplicação da técnica do orçamento participativo, que versa sobre (grosso modo) a participação popular na elaboração do orçamento público, mitigando um pouco essa discricionariedade do proponente da peça orçamentária. Sobre o tema Luiz Fernando Kazmierczak e Fernando de Brito Alves ressaltam o caráter democrático do orçamento participativo:

> Apesar dessas objeções, não restam dúvidas de que a técnica do orçamento participativo é axiologicamente mais consistente para o debate democrático do que as técnicas de gabinete utilizadas, no mais das vezes, para a elaboração do orçamento público. (KAZMIERCZAK; ALVES, 2013, p. 432).

Verifica-se, contudo, a necessidade de se relativizar a discricionariedade ao se implementar as políticas públicas, bem como dar voz à sociedade de modo a possibilitar a construção de uma sociedade mais democrática que atenda a todos os extratos da população, desde a mais abastada até as camadas excluídas.

4 DO CONTROLE JUDICIAL NO TRÂMITE LEGISLATIVO

Feitas as considerações iniciais sobre os direitos fundamentais, a estrutura do orçamento público nacional, bem como sobre a discricionariedade no âmbito da administração pública, mister se faz abordar de forma singela o controle judicial no Brasil.

Pode-se inferir que o Poder Judiciário tem a incumbência de corrigir distorções nas tomadas de decisão políticas que contrariem os direitos fundamentais, nesse aspecto indaga-se: O judiciário poderia sustar o processo legislativo de projeto de lei orçamentário que não preveja os gastos mínimos em saúde e educação por exemplo?

Decisão controvertida que guarda certa relação ao tema foi trazida por Lenio Luiz Streck ao citar a Ação Civil Pública nº 038.03.008229-0 da Comarca de Joinville (SC), onde o juiz entendeu que o município deveria criar 2.948 vagas de ensino fundamental na rede pública

de ensino ao invés de investir no clube de futebol do município que disputava a terceira divisão do Campeonato Brasileiro. (STRECK, 2014, p. 186).

Aludido autor chama atenção para que decisões desta natureza não sejam tomadas de forma antecipada, sem se ater aos fatos concretos, tendo em vista que o embate entre princípios somente pode ser aferido na prática, sendo que, abstratamente, ora prevalecerá a cultura, ora a educação. Nesse sentido:

> É evidente que o lazer e a cultura são direitos fundamentais tutelados pela Constituição. Ocorre que determinado confronto entre "lazer-cultura" e "educação" somente pode ser resolvido no caso concreto. Como, aliás, ocorreu "naquele caso". Por certo, em determinadas situações – e mais uma vez devemos chamar a atenção para a necessária facticidade -, o direito à cultura vai sobrepor-se à educação; em outras, não! Mas essa "situação" deverá estar bem delineada. Não há hierarquia – abstrata, universalizante – entre princípios que conformam a materialidade da Constituição. Por isso o perigo representado por sopesamentos (ponderações) [...] terminam por servir de álibi teórico para sustentar decisões tomadas de forma antecipada (portanto, anti-hermenêuticas). (STRECK, 2014, p. 187).

Vale dizer, há que se contextualizar a questão, aferindo cada caso concreto de forma a não implicar em ingerência por parte do Poder Judiciário em temas cuja decisão caberia tão somente ao administrador público. Há que sopesar os direitos em colisão e aferir se o ato discricionário que deu origem à despesa pública impugnada não está eivado de ilegalidade.

Eduardo Cambi traz um interessante julgado do STF quando este declarou inconstitucional lei municipal de Blumenau que criava cargos em comissão por não haver adequação entre o motivo que gerou o ato e o ato praticado, uma vez que os cargos criados não se enquadravam naqueles de absoluta confiança. (CAMBI, 2016, p. 313).

Neste caso, vislumbra-se a ilegalidade na criação de cargos de provimento em comissão, cujas atribuições não sejam de assessoria, chefia ou de direção, nos termos do Artigo 37, Inciso V da Constituição Federal.

Aludido autor lembra ainda que toda vez que for possível demonstrar que o ato administrativo não é idôneo para a concretização do interesse público, o Poder Judiciário poderá intervir. Deve-se observar se os objetivos previstos no artigo 3º da Constituição estão presentes. (CAMBI, 2016, p. 313).

Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet visualiza a possibilidade de o Judiciário compelir o Poder Público Municipal a pagar pelo estudo de crianças até 5 anos em escolas particulares, em caso de não disponibilizar vagas na rede pública de ensino. Nesse sentido, emprestam-se as palavras do aludido autor a título de esclarecimento:

> Com apoio na argumentação desenvolvida, parece-nos viáveis, ao menos em princípio, as alternativas sugeridas por Luís R. Barroso, que, na hipótese de não ser possível o reconhecimento de um direito de acesso ao ensino fundamental público gratuito, no caso inexistentes ou comprovadamente insuficientes os recursos materiais disponíveis (escolas, salas de aula, vagas, professores, etc), considera possível a condenação do poder público, numa demanda de natureza cominatória, a uma obrigação de fazer, por exemplo, a construção de uma escola, ou mesmo a matrícula em escola particular às expensas do poder público. (SARLET, 2012, p. 242-243).

De outra banda, Lenio Luiz Streck adverte para que não se abusar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sob pena de desvirtuá-los. Nesse sentido, enuncia que:

> Em nome da proporcionalidade e do "sopesamento entre fins e meios" (a assim denominada "ponderação"), é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da "ponderação" e da proporcionalidade (ou da razoabilidade). (STREK, 2014, p. 66).

Adverte ainda que que o grande problema não reside no extensivo número de direitos previstos na Constituição Federal de 1988, em sim no fato de sequer os direitos de primeira dimensão terem sido implementados pelo Poder Público.

A partir daí ele questiona: se os direitos que requerem uma simples abstenção por parte do Estado não são respeitados, o que dirá daqueles que exigem um agir por parte do Estado, um agir que resulta em uma despesa pública? Para elucidar melhor, veja-se o texto na íntegra.

> Ora, em sede de realização de direitos, da concretização de direitos fundamentais, sempre se estará em face desse dilema. E o problema não é o texto constitucional, recheado de direitos; o problema é que a Constituição do Brasil vige e vale em um país no qual os direitos de primeira dimensão ainda não foram atendidos, circunstância que assume foros de dramaticidade no caso dos direitos de segunda e terceira dimensões. (STRECK, 2014, p. 188).

Desta forma, vislumbra-se a dificuldade que o poder público encontra na satisfação dos direitos fundamentais, especialmente aqueles que o oneram, levando em consideração que os recursos financeiros são finitos.

4.1 OS PATAMARES MÍNIMOS ALUDIDOS NO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL.

Verifica-se que o Estado tem a obrigação de fornecer um patamar mínimo de direitos fundamentais à sociedade, o chamado mínimo existencial, este mínimo vital é limitado pela reserva do possível que guarda relação a possibilidade fática/material de o Estado fornecer determinado bem.

Sobre o tema, Leonardo Gonçalves lembra que a simples existência de um direito expresso na Constituição Federal não o torna viável na prática, sendo necessária a existência de recursos financeiros. Nesse sentido:

> De fato, a norma jurídica não tem o condão do "toque de midas". A mera previsão constitucional de um determinado direito não cria, por si só, as condições socioeconômicas para implementá-lo. A aplicabilidade e a interpretação da norma constitucional devem ser regidas pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que sejam evitadas conclusões inviáveis. (GONÇALVES, 2013, p. 218).

Compartilhando deste entendimento, Ingo Wolfgang Sarlet exalta as palavras de José Lima Lopes quando este a compara o Princípio da Dignidade da Pessoa humana com "abracadabra jurídico de uma sociedade em que a discussão moral – da qual precede o próprio conceito de dignidade humana – não é feito em público". (SARLET, 2012, p. 359).

Vidal Serrano Nunes Júnior entende que a aplicabilidade da reserva do possível requer o preenchimento de algumas condições. Dentre as quais cita o atendimento do mínimo vital.

> O limite trazido pela teoria da reserva do possível, tem, mesmo em sua origem, o declinado caráter contingente, só sendo aplicável diante de certas condições: primeira, **a de que o mínimo vital esteja satisfeito (acesso à saúde, educação básica etc.)**; segunda, a de que o Estado comprove gestões significativas para a realização do direito social reclamado; terceira, a avaliação de razoabilidade da demanda. (NUNES JÚNIOR, 2009, p.175).

Ingo Wolfgang Sarlet cita os seguintes direitos que guardam relação com o mínimo existencial:

> Apenas em caráter ilustrativo (volta-se a enfatizar!), dizem respeito ao mínimo existencial, além dos direitos à saúde, educação, moradia, assistência social, aspectos nucleares do direito ao trabalho e da proteção ao trabalhador, o direito à alimentação e mesmo o lazer, o direito ao fornecimento de serviços existenciais básicos como água e saneamento básico, transporte, energia elétrica (ainda que possam ser reportados a outros direitos fundamentais), bem como o direito a uma renda mínima garantida. (SARLET, 2012, p. 322).

Isto posto, nota-se a importância de se respeitar um patamar mínimo de direitos como acesso à saúde, à educação, à moradia e proteção ao trabalhador; direitos estes tão caros à sociedade.

4.2 DA ESSENCIALIDADE DA SAÚDE E EDUCAÇÃO

Antes de continuar, é dever informar que, tudo que for dito a seguir sobre educação aplicar-se-á à saúde e vice-versa.

Especificamente no que tange ao direito à educação, Eduardo Cambi lembra que além de necessitar de aplicação de recursos públicos este tem o intuito de desenvolver plenamente o indivíduo. Nesse sentido:

> O direito fundamental à educação básica compõe o mínimo existencial, já que o art. 205 da CF/1988 afirma que ele visa tão somente o pleno desenvolvimento da pessoa humana, implica a alocação de recursos indispensáveis para a sua concretização. (CAMBI, 2016, p. 542-543).

No mesmo sentido, Fabiana Polican Ciena esclarece em seu artigo publicado na edição 10 da Revista Argumenta Journal Law do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP que:

> A educação é verdadeira arma cívica, permitindo que as pessoas conheçam seus direitos e se organizem para lutar por eles, num verdadeiro despertar da cidadania, num processo histórico. (CIENA, 2009, p. 188).

O sociólogo francês, Alain Touraine, em sua obra intitulada "Crítica da Modernidade" de 1994 já alertava sobre o papel da educação na concretização da democracia. Nesse sentido:

A tarefa prioritária, portanto, é o fortalecimento do Sujeito. [...] a família e a escola em particular, que, em vez de apenas socializar, devem ao contrário transformar os indivíduos em sujeitos conscientes de suas liberdades e de suas responsabilidades com respeito a si mesmos. Sem esta ação de subjetivação dos indivíduos, a democracia não tem fundamento sólido. (TOURAINE, 1994, p. 367).

Destaca-se que o próprio Supremo Tribunal Federal já se posicionou pela viabilidade de se pleitear prestações mínimas quando o tema versar sobre saúde e educação por força da sua íntima relação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Neste sentido, tentando responder a questão trazida no início deste trabalho, é perfeitamente factível que o Ministério Público proponha Ação Civil Pública para sustar o andamento de processo legislativo em caso de flagrante inobservância dos patamares mínimos de gasto com saúde e educação.

Afinal, existe a possibilidade de se verificar o montante de recursos a serem alocados em tais áreas quando da tramitação da Lei Orçamentária Anual. Desta feita, cogita-se que se corrija o projeto antes que este se torne lei, evitando maiores prejuízos por força de atraso na implementação de tão caras políticas públicas à sociedade.

Destaca-se que o Judiciário pode, inclusive, determinar o remanejamento do orçamento vigente para a satisfação de determinados direitos fundamentais. Nesse sentido, Eduardo Cambi se posiciona no seguinte sentido:

> Não havendo recursos disponíveis, o Judiciário poderá determinar o contingenciamento ou o remanejamento de verbas, visando a tornar efetivos os direitos que ainda não o são. Ou, demonstrada a exaustão orçamentária, poderá obrigar o ente público a incluir, na próxima lei orçamentária recursos suficientes para atender ao direito fundamental violado. (CAMBI, 2016, p. 543).

Na mesma obra, o autor cita importante decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ocasião em que este determinou que o Estado do Paraná depositasse junto ao Fundo Estadual de Saúde o montante de R$ 676.2 milhões, mais correções a título de complementação do patamar o mínimo exigido no gasto com saúde (12% no caso de Estados). (CAMBI, 2016, p. 526-527).

Afinal, se existe a possibilidade de mandar remanejar o orçamento pronto e acabado, certamente pode determinar sua alteração antes do início de sua vigência. Vale dizer, durante o trâmite legislativo do projeto que converter-se-á na Lei Orçamentária Anual – LOA para o exercício subsequente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da ordem constitucional trazida pela Assembleia Constituinte há pouco mais de 30 (trinta) anos, pôde-se aferir que os Direitos Fundamentais fazem parte do núcleo essencial do texto constitucional, sendo inclusive a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República.

Nota-se ainda que a própria Constituição destinou um título inteiro dedicado ao tema, sem prejuízo das demais normas que contemplam os direitos fundamentais espalhados pelo corpo da Constituição, tamanha preocupação do Constituinte Originário com o tema.

Pôde-se abordar a clássica classificação dos direitos fundamentais em dimensões, ocasião em que se verificou que existem direitos prestacionais que requerem a destinação de uma enorme quantidade de recursos públicos para a sua implementação.

Nesse sentido, o orçamento público surge para que o Estado possa alocar de forma mais eficiente os recursos e efetue as despesas de forma consciente, sem afetar a saúde econômica do Estado, dando ainda mais garantias ao cidadão de que a política pública será implementada.

Nesta toada de implementação de políticas públicas para a satisfação de direitos fundamentais de segunda dimensão, atendendo por reflexo os ditames constitucionais, verifica-se que a Constituição deixou de ser uma carta de intenções passando a dispor de força

normativa, devendo o Gestor Público atribuir aplicabilidade imediata, nos termos do Artigo 5º, § 1ºda Constituição Federal, aos direitos fundamentais. Eis o chamado Neoconstitucionalismo.

Com a morosidade do Legislativo e Executivo em cumprir a Constituição, emerge o Poder Judiciário para atribuir efetividade aos direitos fundamentais, atuando de forma mais direta na satisfação de aludidos direitos.

A partir da obrigação constitucional do Estado (*lato sensu*) despender percentuais mínimos em saúde e educação, verificou-se que o Ministério Público está legitimado em propor medidas judiciais cabíveis para a sustação de processos legislativos que não contemplem estes percentuais mínimos nestas áreas, vez que cabe a ele zelar pelos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, de acordo com o Artigo 129, Inciso II da Constituição Federal.

Uma atuação célere e rápida, antes de se findar o processo legislativo traz agilidade necessária na tutela dos direitos fundamentais. Apontar o equívoco do proponente da matéria (Executivo), bem como a falha do Legislativo em analisar a proposta, é salutar a atuação ministerial para a garantia de que o Ordenador da Despesa Pública terá condições (pelo menos orçamentárias) de cumprir os preceitos constitucionais tendentes a melhorar a saúde e educação do destinatário de tais políticas públicas que são os cidadãos comuns.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fernando de Brito; CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andrea Bulgakov. **Direitos Fundamentais Revisitados.** 1 ed. Curitiba: Juruá. 2009) .

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo do Judiciário.** São Paulo: Almeida Brasil, 2016.

CIENA, Fabiana Polican. **O poder do judiciário na efetivação do direito fundamental à educação**. Argumenta Journal Law (Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP). n. 10 – janeiro - junho de 2009 – Jacarezinho – PR. Disponível em http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/133/133. data de acesso: 9/10/2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público.** 15 ed. ampl. revi. e atual. – São Paulo: Atlas, 2010.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Direitos Sociais: Cidadania, Política e Justiça. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: Possibilidades e Limites.** Rio de Janeiro: Sinergia,2013.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; ALVES, Fernando de Brito. *O orçamento participativo como forma de exercício dos direitos políticos.* Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4547153. Data de acesso: 15 de março de 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 19 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NUNES JUNIOR, VIDAL SERRANO. **A Cidadania Social na Constituição de 1988. Estratégias de positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais.** São Paulo: Verbatim, 2009.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais**. Coordenação André Ramos Tavares, José Carlos Francisco. São Paulo: Método, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 11ª Ed. rev. e atual. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2012.

TOURAINE. Alain. **Crítica da Modernidade.** Petrópolis: Editora Vozes, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso – Constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas.** 5 ed. mod. e amp. São Paulo: Saraiva, 2014.