

JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-779X
Edição 121 - Agosto de 2010
R\$ 16,90

MINISTRA ELIANA CALMON
CORREGEDORA NACIONAL DE JUSTIÇA

**“A SOCIEDADE CLAMA POR UMA
JUSTIÇA RÁPIDA E EFICIENTE”**

Editorial: EXCESSOS NO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O CONTINGENCIAMENTO COM VISTA AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

João Bosco
Desembargador Federal do TRF-1ª Região

O Tribunal de Contas da União, através do acórdão sob nº 1.188/2007-Plenário¹, inserto nos autos do processo 012.667/2006-4, entabulou preocupante diagnóstico acerca de obras inacabadas realizadas com recursos da União.

O referido acórdão conceitua o fenômeno do contingenciamento como sendo o procedimento utilizado pelo Poder Executivo que consiste no retardamento e, não raro, na inexecução de parte da programação de despesa da Lei Orçamentária Anual.

Nesse relatório consta, em síntese, que o que aflige quanto às obras iniciadas e interrompidas é que a sociedade é penalizada duplamente, ou seja, é privada do benefício que o empreendimento viria a gerar e, do mesmo modo, ocasiona prejuízos ao erário em virtude de dispêndio de recursos mal utilizados. Como exemplo de obras inacabadas o relatório/TCU cita o caso de obras do tempo do Império que ainda não foram concluídas, como, por exemplo, a Ferrovia Transnordestina.

No mesmo passo, o relatório do TCU chama a atenção para o fato de que “os prejuízos decorrentes da interrupção de uma obra compreendem, além dos valores já aplicados em sua execução, outros que são de difícil mensuração. Uma obra não concluída no tempo certo impede a realização dos benefícios que a sua utilização geraria à sociedade caso tivesse alcançado a funcionalidade, mensurados pela taxa social de retorno. Há ainda o custo associado ao desgaste das obras que permanecem por muito tempo sem execução, com suas estruturas sob a ação de intempéries. Em alguns casos, a obra não pode ser retomada sem intervenções para recuperar os estragos decorrentes do abandono, e tais medidas envolvem custos adicionais incorporados ao valor total da obra.”

Um dos motivos preponderantes que contribuem para a ocorrência das obras inacabadas, segundo o TCU, é o “Fluxo Orçamentário/Financeiro”. O relatório avança para dizer que a maioria das razões que conduzem à existência de obras

inacabadas dentro da Administração Federal pode ser evitada ou minimizada.

Assevera o TCU que, com a finalidade de obter superávites primários e atingir metas fiscais, o Poder Executivo utiliza, largamente, a figura do contingenciamento e ocasiona uma reprogramação orçamentária que tem como principal prejuízo a perda da transparência das ações governamentais, pois o que é planejado e tido como prioritário nem sempre tem condições de se concretizar.

Ressalva que apenas as despesas discricionárias são atingidas pelo contingenciamento. As despesas com pessoal, serviços da dívida, créditos extraordinários, dentre outras, são obrigatórias e não podem sofrer limitação de empenho e pagamento. As obras fazem parte das despesas discricionárias, estando sujeitas à contenção nos valores empenhados e nos créditos disponibilizados para pagamento.

O TCU chega a afirmar que as consequências do contingenciamento de recursos para obras são desastrosas.

Pois bem, nesse contexto, importante indagar sobre essa figura do contingenciamento, que tem afetado, como aponta o TCU, sensivelmente, o andamento de diversas obras públicas pelo país afora, ora retardando a execução, ora impedindo a sua conclusão, revelando uma total falta de planejamento e controle do Poder Executivo no tocante ao uso de recursos necessários à consecução das políticas públicas. A nação brasileira, cumpre avisar, tem suportado um elevado custo não só financeiro, como também e sobretudo, social, em razão da figura do contingenciamento.

Salta aos olhos, de plano, que o aspecto central da questão começa pela violação ao princípio da eficiência pelo Poder Executivo, no que toca aos gastos públicos, que, segundo Diogenes Gasparini², “impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento.”



Ora, essa violação ao princípio da eficiência pela Administração Pública, no que concerne à Lei Orçamentária Anual, que se perfaz através do contingenciamento despido de critério e exercido de forma indiscriminada, irradia efeitos negativos para a consecução de inúmeros direitos fundamentais sociais, cumprindo indagar sobre a sua constitucionalidade.

A figura do contingenciamento, pois, não poderia abarcar obras públicas em andamento que digam respeito ao “mínimo existencial” assegurado pelo texto constitucional.

Sabe-se, com amparo na melhor doutrina, que o mínimo existencial é formado pelas condições materiais básicas para a existência, correspondendo a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana, à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica, passível, portanto, de controle judicial.

Inconcebível, pois, em um Estado Social, que obras públicas que digam respeito à concretude do acesso ao saneamento básico, ensino público fundamental, habitação de interesse social, bem ainda outras que estejam compreendidas no núcleo do mínimo existencial e que se entrelaçam com a proteção da dignidade da pessoa humana, sofram os reverses do contingenciamento, que, não raro, prestigia mais os critérios políticos e até eleitoreiros na destinação das verbas públicas do que as prioridades constitucionais.

Não se pode esquecer que um dos objetivos primordiais de uma Constituição democrática é o comprometimento com o “consenso mínimo”, isto é, decisões políticas fundamentais insertas na própria Constituição e que visam assegurar um mínimo de direitos aos indivíduos, que são colocados pelo poder constituinte originário fora do alcance da deliberação política e das maiorias.

A consequência da inobservância, pelo Poder Executivo, das decisões políticas fundamentais respeitantes ao consenso mínimo, albergadas na Constituição, é a possibilidade de controle judicial, à proporção que, não raro, essa violação vai de encontro a direitos subjetivos, ainda que de forma difusa ou coletiva.

Não há que se falar, no caso em tela, da reserva do possível jurídica, tendo em vista que, no caso do contingenciamento, há previsão orçamentária.

Do mesmo modo, não se pode falar da reserva do possível fática, que pressupõe exaustão dos recursos disponíveis, tendo em vista que as obras públicas que visam materializar o mínimo existencial atendem a uma prioridade axiológica e política estabelecida na própria Constituição.

Em resumo e, em tal contexto, o contingenciamento sobre obras públicas em andamento e que vá de encontro ao mínimo existencial é sindicável pelo Poder Judiciário.

Dessa maneira, a deliberação política, no que toca ao princípio da dignidade da pessoa humana, somente pode se dar na zona exógena do mínimo existencial, dependendo da concepção filosófica e ideológica dos governos que vêm e vão.

Neste particular, Ana Paula de Barcellos³, registra que “ (...) Recorra-se aqui a uma imagem capaz de ilustrar o que se afirma: a de dois círculos concêntricos. O círculo interior cuida afinal do mínimo de dignidade, decisão fundamental do poder constituinte originário que qualquer maioria terá de respeitar e que, afinal, representa o efeito concreto mínimo pretendido pela norma e exigível. O espaço entre o círculo interno e o externo será ocupado pela deliberação política, a quem caberá, para além do mínimo existencial, desenvolver a concepção de dignidade prevalente em cada momento histórico, de acordo com as escolhas específicas do povo.”

Destarte, só para exemplificar, contingenciar verbas destinadas ao saneamento básico, afetando o andamento de obras públicas nesse setor, afigura-se como ato passível de controle judicial, já que vai de encontro ao mínimo existencial, bem ainda ao direito fundamental social à saúde e, nesse caso, a transgressão caminha para muito além, afetando, inclusive, o próprio direito à vida.

Os dados acerca da importância do saneamento básico são públicos e notórios; todavia, nunca é demais lembrar que 80% (oitenta por cento) dos leitos hospitalares pátrios são ocupados com pessoas que contraem doenças decorrentes da ausência de saneamento, como, por exemplo, hepatite A, dengue, cólera, diarreia, leptospirose, febre tifoide e paratifoide, esquistossomose, infecções intestinais, dentre outras, que afetam particularmente crianças até 5 (cinco) anos. Essas doenças são conhecidas no meio médico como “doenças de pobre” ou “doenças do subdesenvolvimento”.

Impende salientar, outrossim, que, segundo a OMS (Organização Mundial de Saúde), a cada U\$1,0 (um dólar) investido em saneamento básico, poupam-se U\$5,0 (cinco dólares) no sistema de saúde curativo.

Deflui-se que seria vantajoso para o país investir em saneamento básico, não só pelos aspectos sociais e de saúde pública, mas também pelo aspecto econômico, porque pouparia, preventivamente, bilhões de reais no SUS (Sistema Único de Saúde) e esse excedente poderia melhorar, não só qualitativamente como também quantitativamente o exercício desse direito social tão relevante, sobretudo para os hipossuficientes deste país. Vê-se que a baixa quantidade de

investimentos no saneamento básico se apresenta como uma inversão de prioridades que custa muito caro à nação, seja pelo aspecto financeiro, seja pelo social.

Ao enxergar esses dados, não há como negar que o Estado brasileiro funciona sob o cruel e desumano signo da ineficiência, gerencia mal o dinheiro público, padece de uma sensível e visível incapacidade de operacionalizar prestações positivas essenciais ao convívio democrático, que vai desde a elaboração dos projetos de obras públicas até a sua completa e cabal execução. Portanto, não se pode duvidar que o Poder Judiciário tem um importante papel a cumprir diante desse estado de caos do Poder Executivo, no que concerne ao implemento das políticas públicas que resgatem os valores constitucionais de maior envergadura.

A figura do contingenciamento é um “cheque em branco” que as instituições republicanas conferem ao Poder Executivo e isso chega a ser, com a devida vênia, no mínimo, preocupante. Significa dizer que, ao menos quanto ao mínimo existencial, é preciso se conscientizar que há corresponsabilidade entre os poderes pela concreção do desiderato constitucional.

Não é possível conceber que o Poder Executivo possa colocar sobre a mesa das barganhas políticas direitos subjetivos essenciais à dignidade humana.

Difícil falar que o controle judicial, nessa atmosfera, compelindo o Poder Executivo a empenhar verba orçamentária em favor de obras públicas que se refiram ao mínimo existencial, implicaria em violação ao princípio da separação dos poderes. Aliás, esse impasse pode ser solucionado, em situações concretas, pela ponderação de valores, pois, para Ana Paula de Barcellos⁴, *verbis*:

Independentemente de um maior aprofundamento sobre os diferentes fundamentos apresentados acima, ou mesmo de uma decisão lógica por qualquer deles, o fato é que todos, de alguma forma, justificam a centralidade e a fundamentalidade de determinadas normas constitucionais, relacionadas com a dignidade humana e com os direitos fundamentais, quando comparadas com outras, justificando teoricamente o parâmetro que se acaba de propor. Assim, em suma, verificando-se um conflito que exija ponderação, terão preferência as normas que atribuam direitos fundamentais ou diretamente resguardem a dignidade humana.

A abordagem do tema em debate não é meramente acadêmica e doutrinária, cabendo lembrar que a jurisprudência tem, paulatinamente, abraçado esses institutos jurídicos. Aliás, o e. STJ⁵, com proficiência, assinalou:

(...) 4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preferir-los em suas escolhas. 5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial. 6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital,

ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na “vida” social (...) – STJ - RESP 201000486284 — RESP — RECURSO ESPECIAL – 1185474. Relator HUMBERTO MARTINS. Órgão Julgador: Segunda Turma. DJE DATA: 29/04/2010.

Como se divisa, o núcleo que constitui o mínimo existencial é formado, via de regra, pelo princípio da dignidade da pessoa humana em consórcio com alguns dos direitos fundamentais sociais. A importância da afirmação dos direitos fundamentais sociais, aliás, afigura-se incontestável, porquanto uma Constituição não pode ser somente uma carta de boas intenções, sob pena de render ensejo, na esteira da melhor doutrina, a uma censurável “insinceridade normativa”.

Os direitos sociais visam, como se sabe, dentre outras coisas, corrigir distorções na realidade fática, em favor dos menos favorecidos, sobretudo diante de contextos marcados por acentuadas desigualdades entre as classes.

É da essência do constitucionalismo social que a felicidade dos homens não se alcança apenas contra o Estado, mas, sobretudo, pelo Estado⁶.

Além disso, a afirmação de direitos sociais não perfaz somente a concretização dos ideais socialistas de minimizar a desigualdade material entre os homens, pois, mais que isso, cumpre também o papel de consolidar a estabilidade e a paz social. Neste sentido, leciona Paulo Bonavides que: “Há no quadro do pluralismo democrático uma segunda concepção de Estado social que faz da igualdade e da justiça social postulados de criação e sustentação de um modelo deveras humano de convivência, assentado sobre conquistas básicas e reais no terreno da educação, da saúde etc. (...), para fazer da união do trabalho com o capital o alicerce de todas as instituições, o cimento de todos os interesses e de todas as liberdades públicas num regime constitucional de consenso, reconciliação e quebrantamento de antagonismos sociais, um regime que faça portanto a paz social prosperar e a estabilidade reinar no universo de conflitos, até ontem aparentemente inarredáveis fora das soluções ditatoriais e revolucionárias.”

Para Norberto Bobbio⁷, não basta a “liberdade de”, sendo indispensável a “liberdade para”, que define como sendo aquela que “atribui ao indivíduo não apenas a faculdade, mas também o poder para fazer. Se houvesse apenas as liberdades negativas, todos seriam igualmente livres, mas nem todos teriam igual poder. Para equiparar os indivíduos, quando os reconhecemos como pessoas sociais também no poder, é preciso que sejam reconhecidos outros direitos, tais como os direitos sociais, os quais devem colocar cada indivíduo em condições de ter o poder para fazer aquilo que é livre para fazer. Entende-se que o reconhecimento desses direitos sociais requer a intervenção direta do Estado, tanto que são denominados também ‘direitos de prestação’.”

A afirmação do mínimo existencial e dos direitos fundamentais sociais, de certa maneira, se entrelaça com os fins da própria atividade jurisdicional, que, por sua vez, e inclusive, fornece subsídios hermenêuticos imprescindíveis para a boa e correta

aplicação do direito a situações concretas que envolvam essas temáticas. Com efeito, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁸, quanto aos fins da atividade jurisdicional, assinalam que: “Se o Estado brasileiro está obrigado, segundo a própria Constituição Federal, a construir uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e ainda a promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º da CF), os fins da jurisdição devem refletir essas ideias.”

Tocante à interpretação e aplicação das leis (hermenêutica) não se pode olvidar, na mesma linha, da dicção inserta no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” Sobre esse dispositivo legal, R. Limongi França⁹, na obra “Hermenêutica Jurídica”, faz o seguinte comentário: “Quanto à expressão *fins sociais*, pensamos que aí se pode divisar a adoção do pensamento de Alexandre Álvares, esposado por Beviláqua, segundo a qual ‘a aplicação da lei seguirá a marcha dos fenômenos sociais, receberá, continuamente, vida e inspiração do meio ambiente e poderá produzir a maior soma possível de energia jurídica’.”

Vale repetir, aplicação da lei seguindo a marcha dos fenômenos sociais e recebendo vida e inspiração do meio ambiente, da realidade social. O direito deve acompanhar a dinâmica da vida, não podendo ser nem maior, tampouco menor. A jurisprudência pátria, em matéria do mínimo exigível, tem todo um caminho a ser percorrido e deve fazê-lo com coragem, perspicácia e, acima de tudo, com o inafastável senso de compromisso com as futuras gerações.

A própria ideia de democracia é insustentável sem que se afirme ao menos o mínimo existencial. Ana Paula de Barcellos¹⁰, dentro desse espírito, pontua que: “Na verdade, o regime democrático depende de todos os cidadãos terem assegurado um conjunto mínimo de direitos que permita sua participação livre e consciente na formação da vontade majoritária”.

Em resumo, o escopo, pelo Estado brasileiro, consistente em atingir metas fiscais e de *superávit* primário, através do contingenciamento, que é uma opção política, não pode sacrificar direitos fundamentais interligados ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana. Isso não condiz com o espírito de uma democracia contemporânea, pois condena um número indeterminado de pessoas a serem mantidas em um estado de vida sub-humano, de completa miserabilidade.

Sendo assim, nenhuma obra pública em andamento, que diga respeito ao mínimo existencial pode ser alvo de contingenciamento pelo Poder Executivo, podendo haver, no caso de inobservância dessa premissa, controle judicial que imponha, coativamente, ao Poder Executivo, a obrigatoriedade de respeitar o direito subjetivo eventualmente atingido, mediante expedição das notas de empenho. Há veículos processuais disponibilizados pelo nosso ordenamento jurídico para judicializar essas demandas, como, por exemplo, a ação civil pública. Cumpre ao Ministério Público e à Defensoria Pública atenção a essa desafiadora ferida aberta na nação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do processo de conhecimento/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. – 3. ed. rev., atual. e ampl., da 2. ed. rev., atual. e ampl. Do livro Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 7. ed. ver e ampl – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. – 2. ed. amplamente revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. BARROSO, Luís Roberto. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. SARMENTO, Daniel. NETO, Cláudio Pereira de Souza. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas/Luiz Roberto Barroso (organizador) – 3. ed. revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto, 1909 – Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos/Noberto Bobbio; organizado por Michelangelo Bovero; tradução Daniela Beccaccia Versiani. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. – 18ª reimpressão.

Acórdão TCU 1188/2007 – Plenário. Referente ao Processo nº 012.667/2006-4. Relator Valmir Campelo.

Acórdão do STJ. STJ - RESP 201000486284. Relator Humberto Martins. Segunda Turma. DJE. 29/04/2010.

FRANÇA, R. Limongi, 1927. Hermenêutica Jurídica/R. Limongi França. – 3. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 1994.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo/Diógenes Gasparini. – 13. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2008.

Revista Justiça & Cidadania. Artigo: “Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil. Autor: Carlos Velloso, Ministro do STF. Janeiro 2010.

NOTAS

¹ Acórdão TCU 1188/2007 – Plenário. Referente ao Processo nº 012.667/2006-4. Relator Valmir Campelo.

² GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo/Diógenes Gasparini. – 13. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 21.

³ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. – 2. ed. amplamente revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 282.

⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. BARROSO, Luís Roberto. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. SARMENTO, Daniel. NETO, Cláudio Pereira de Souza. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas/Luiz Roberto Barroso (organizador) – 3. ed. revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 111.

⁵ Acórdão do STJ. STJ - RESP 201000486284. Relator Humberto Martins. Segunda Turma. DJE. 29/04/2010.

⁶ Revista Justiça e Cidadania. Artigo: “Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil. Autor: Carlos Velloso, Ministro do STF. Janeiro 2010. p. 23

⁷ BOBBIO, Norberto, 1909 – Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos/Noberto Bobbio; organizado por Michelangelo Bovero; tradução Daniela Beccaccia Versiani. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. – 18ª reimpressão. p. 504.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do processo de conhecimento/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. – 3. ed. rev., atual. e ampl., da 2.ed.rev., atual. e ampl. Do livro Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.36.

⁹ FRANÇA, R. Limongi, 1927. Hermenêutica Jurídica/R. Limongi França. – 3. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 1994. p. 42-43.

¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit. p. 171.