

**VI ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA**

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

JEAN CARLOS DIAS

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Jean Carlos Dias; Luiz Fernando Bellinetti – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-698-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Jurisdição e efetividade da justiça. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Apresentação

Estão reunidos na presente publicação os artigos apresentados no Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça cuja reunião integrou a programação do VI Encontro Virtual do CONPEDI que se realizou no dia 23 de junho de 2023.

A coordenação das atividades coube aos Professores César Augusto de Castro Fiuza da Universidade Federal de Minas Gerais, Jean Carlos Dias do Centro Universitário do Estado do Pará e Luiz Fernando Bellinetti da Universidade Estadual de Londrina.

Os trabalhos apresentados enquadram-se na mais atual pesquisa acerca do acesso à Justiça em suas várias dimensões, especialmente, em relação à prestação jurisdicional brasileira tendo por pano de fundo a tutela adequada e efetiva dos direitos individuais e coletivos.

Nesse contexto, diversos problemas processuais, decorrentes tanto da regulação legal como da prática dos tribunais, também foram examinados em trabalhos apresentados e debatidos pelos participantes.

As conexões profundas do fenômeno processual com suas bases constitucionais também foram exploradas em estudos que analisaram desde a formulação e implementação de políticas públicas judiciárias até reflexões acerca de uma abordagem transnacional da Jurisdição.

Diante do panorama contemporâneo, foram expostos os impactos dos avanços tecnológicos, notadamente os decorrentes da implantação de recursos de inteligência artificial nas várias instâncias de atuação profissional abrangidas pela concretização da justiça.

Esses vários temas são representativos da abrangência e amplitude da investigação e produção acadêmica nacional nessa grande área, visto que os autores estão vinculados aos mais diversos programas de pós-graduação em Direito, revelando grande diversidade regional e institucional.

Os intensos debates, contribuições cooperativas e mesmo a socialização dos aspectos investigados, muitos relacionados ao desenvolvimento de dissertações e teses, mostram a relevância das contribuições.

Os textos agora reunidos são, ainda, bastante plurais, pois abrangem diversas estratégias teóricas de abordagem, ancoradas em autores relevantes no cenário contemporâneo, nacional e internacional, indicando a relevância dos temas e sua atualidade.

Em função da diversidade dos temas, e, também, pela evidente qualidade da pesquisa aqui representada, os coordenadores registram a recomendação e convite, aos interessados na área, para a leitura dos artigos ora publicados.

César Augusto de Castro Fiuza (UFMG)

Jean Carlos Dias (CESUPA)

Luiz Fernando Bellinetti (UEL)

A MOLDURA ORÇAMENTÁRIA DA ATUAÇÃO JUDICIAL

THE BUDGETARY FRAMEWORK FOR JUDICIAL ACTION

Rubens Alexandre Elias Calixto
Iara Marthos Águila
Silvio Marques Garcia

Resumo

A atuação judicial, como assim como qualquer outra área jurídica, tem grande influência do esquema normativo de Hans Kelsen, com predomínio do raciocínio lógico-abstrato. No entanto, as decisões judiciais devem ser medidas pelas suas consequências no mundo real, naquilo que a Análise Econômico do Direito denomina consequentialismo. Muitas decisões podem ter reflexos no orçamento da Administração Pública, quando se trata de garantir direitos econômicos e sociais, fator que deve ser considerado pelo órgão judicial. Para isso, mostra-se necessária a superação do dogmatismo jurídico. Por outro lado, a preocupação orçamentária não deve constituir impedimento à garantia de direitos e ao respeito dos princípios administrativos. Desde que haja embasamento seguro e fundamentado, existe a possibilidade de intervenção judicial. Este embasamento passa pelo conhecimento das regras orçamentárias básicas e pela compreensão das consequências reais da decisão. Existem instrumentos de atuação, como os mecanismos retificadores do orçamento. Existem também meios auxiliares de atuação processual, como a audiência pública e o Amicus Curiae, que podem conferir mais embasamento e legitimidade à decisão. Usando adequadamente dos meios disponíveis, será pertinente a atuação judicial.

Palavras-chave: Judiciário, Atuação, Impactos, Eficiência, Orçamento

Abstract/Resumen/Résumé

The judicial practice, like any other legal area, is greatly influenced by Hans Kelsen's normative scheme, with a predominance of logical-abstract reasoning. However, judicial decisions must be measured by their consequences in the real world, in what the Economic Analysis of Law calls consequentialism. Many decisions can have repercussions on the Public Administration budget, when it comes to guaranteeing economic and social rights, a factor that must be considered by the judicial body. For this, it is necessary to overcome legal dogmatism. On the other hand, budgetary concerns should not constitute an impediment to the guarantee of rights and respect for administrative principles. As long as there is a secure and well-founded basis, there is the possibility of judicial intervention. This basis involves knowledge of the basic budgetary rules and understanding the real consequences of the decision. There are instruments for action, such as budget rectifying mechanisms. There are

also auxiliary means of procedural action, such as the public hearing and the Amicus Curiae, which can give more basis and legitimacy to the decision. Properly using the available means, judicial action will be relevant.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judiciary, Acting, Budget, Impact, Efficiency

1. Introdução

A atuação judicial, especialmente no Brasil, tem sido colocada em grande evidência.

Muitos julgamentos chegam a se transformar em eventos televisivos, encontrando grande repercussão na mídia, em geral.

Isso se deve ao desenvolvimento dos meios de comunicação, mas também – e sobretudo – à enorme relevância de muitos destes julgamentos, nas mais variadas questões e atingindo os mais diversos interesses.

Em menor escala, o fenômeno se replica nas instâncias inferiores, colocando sob os holofotes as decisões mais polêmicas – uma curiosa situação, em que o Poder Judiciário transcende a posição de julgador, para se transformar também em objeto de julgamento pela opinião pública.

Alguns destes casos se referem aos julgamentos com repercussão orçamentária, quando se coloca diante da justiça a afirmação de alguns direitos (saúde, educação etc.) ou a moralidade de certos gastos (como a contratação de artistas renomados a peso de ouro, por municípios minúsculos e de poucos recursos orçamentários).

Neste caso, a primeira questão que se coloca é a possibilidade do Poder Judiciário interferir em decisões orçamentárias (ou de repercussão orçamentária) dos demais poderes.

Por outro lado, em se admitindo a intervenção judicial, poderia o Judiciário atuar com base em normas e princípios estritamente abstratos, sem levar em conta as consequências fáticas das suas decisões?

De outra parte, devem ser investigados os instrumentos processuais que possam auxiliar o órgão judicial a obter decisões mais eficientes e institucionalmente legítimas, de forma a tornar sua atuação mais profícua.

São questões que merecem nossa análise e que serão abordadas nas páginas seguintes.

Para tanto, serão analisadas fontes doutrinárias que procuram circunscrever e determinar os conceitos ora investigados.

2. Para além do dogmatismo jurídico

A atuação judicial em questões que tenham repercussão orçamentária exige mais do que o trabalho exegético dos textos legais.

O Poder Judiciário, para dar solução a tais questões, haverá que dedicar envolvimento pessoal e valoração de escolhas financeiras, em consonância com os princípios constitucionais da eficiência, moralidade e razoabilidade de algumas dotações orçamentárias.

Com efeito, sendo uma ciência cultural, o Direito reflete as tendências ou inclinações fundamentais do espírito, na tutela e realização de valores.

No dizer de Miguel REALE, na condição de experiência histórico-cultural e fruto maduro de uma experiência milenar, o Direito se revela um fenômeno universal e essencialmente ligado à atividade perene do espírito. Portanto, uma concepção culturalista do Direito, essencialmente *humanista*, parte da ideia básica de que a *pessoa humana* é o valor-fonte de todos os valores, de todo o mundo das estimativas ou mundo histórico-cultural (Filosofia do direito, 1972, p. pp 199 et seq).

Aqui também se mostram judiciosas as observações de Vicente RÁO, de que o Direito não se satisfaz com a simples possibilidade de coexistência social. Sua finalidade suprema é a de obter, por meio da coexistência social harmonicamente organizada, o aperfeiçoamento do indivíduo, de modo que o Direito assume o caráter de *força social propulsora*, quando visa proporcionar, por via principal aos indivíduos e por via de consequência à sociedade, o meio favorável de aperfeiçoamento e ao progresso da humanidade (O direito e a vida dos direitos, 1999, pp. 54-55).

Por esta razão, exprime as tensões do saber adquirido pelo Homem com o movimento necessário para construir o futuro, no esforço dialético de realizar a síntese espiritual do objeto de seu conhecimento, que o torna, a um só tempo, criatura e criador da vida.

Nesta ingente tarefa, não parte de conceitos estáticos e sempre unívocos e nem busca resultados com exatidão matemática, posto que a realidade cultural não comporta *explicação*, mas somente *compreensão*.

O papel do Direito não é buscar a *verdade*, entendida como conhecimento absoluto de algum objeto, mas apontar soluções para os problemas sociais, fazendo opções entre as alternativas jurídicas que se apresentam em cada situação.

A busca do essencial e do concreto é uma exigência indeclinável dos novos tempos, de sorte que a Ciência do Direito está imersa na problemática do futuro, ou seja, do destino humano em geral, resultando na impossibilidade de uma Ciência Jurídica ausente e distante dos conflitos que se operam no mundo dos valores e dos fatos.

Isso leva-nos a rejeitar o *positivismo jurídico* entendido como o método interpretativo que se prende somente ao rigor formal dos textos legais, desconsiderando qualquer atividade valorativa do fato submetido ao modelo normativo.

Com efeito, em nossa época, ao contrário da mentalidade fundamentalmente analítica ou reducionista do século XIX, prevalece um sentido de totalidade ou de integração, procurando-se compreender a experiência jurídica mediante modelos jurídicos prescritivos e hermenêuticos que atualizam, no plano da condicionalidade histórica, os valores transcendentais da Justiça.

Inegável se mostra, assim, o caráter fático-axiológico-normativo do Direito que permite não apenas esclarecer e determinar melhor velhos problemas, como também situar questões novas, reclamadas pelas conjunturas histórico-sociais de nosso tempo.

Esta correlação entre *fato*, *valor* e *norma* tem caráter concreto e dinâmico. Atua de natureza *funcional* e *dialética*, dada a implicação-polaridade existente entre *fato* e *valor*, de cuja tensão resulta o *momento normativo*, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e tempo.

Conseqüentemente, a norma jurídica não pode ser interpretada com abstração dos fatos e valores que condicionaram o seu advento, nem dos fatos e valores supervenientes, assim como da totalidade em que ela se insere.

A sentença judicial, neste contexto, deve ser compreendida como uma experiência axiológica concreta e não apenas como um ato lógico redutível a um silogismo, havendo uma correlação funcional entre o *fundamento*, *eficácia* e *vigência*, cujo significado só é possível numa teoria integral da validade do direito.

3. O consequencialismo das decisões judiciais

No que diz respeito às questões orçamentárias, como aferir a justiça das decisões tomadas pelo Poder Judiciário?

Pode o juiz decidir exclusivamente com base na sua noção pessoal do que seja correto fazer, em se tratando de escolhas orçamentárias, sobrepondo seu entendimento ao Poder Legislativo na elaboração do orçamento e ao Poder Executivo em sua execução?

Embora a noção de justiça seja objeto de intermináveis controvérsias, não se pode conceber que o direito seja desprovido de algum sentido de justiça, como se a experiência jurídica estivesse entregue a um niilismo axiológico.

Como ressalta ARISTÓTELES (Ética a Nicômaco, 1987, pp. 45-46), toda *escolha* envolve um princípio racional. Deliberamos sobre coisas que estão ao nosso alcance e que podem ser realizadas. Do contrário, não teríamos a opção de decidir. Assim, quando decidimos, não o fazemos em função dos fins que pretendemos atingir, mas acerca dos meios que podemos utilizar para atingi-los, porque as ações humanas têm em vista outras coisas que não elas mesmas.

Neste diapasão, justiça deve ser entendida em sentido objetivo, ou seja, na sua realização social, o que, nos parece, guarda íntima relação com a noção de bem-estar social.

Sob este prisma, a solução das questões jurídicas, em muitos casos, não é alcançada com a simples interpretação e aplicação dos textos legais, havendo também a necessidade de perceber como os indivíduos reagem e decidem no âmago de um processo decisório.

Frente a tais indagações e dúvidas, podemos buscar o auxílio da Análise Econômica do Direito (AED), a qual pode ser definida, na lição de José Antônio Maristrello PORTO, amparado em Gico Jr. e Calabresi, como a aplicação dos métodos econômicos para compreender, explicar e prever implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da racionalidade do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, consiste na utilização da abordagem econômica para tentar compreender o “direito no mundo e o mundo no direito” (Princípios de análise do direito e da economia., 2019, p. 27).

Aponta o citado autor que a grande vantagem da metodologia da Análise Econômica do Direito para a compreensão dos fenômenos complexos é que ela, em princípio, se mostra passível de comprovação empírica e, portanto, de “falsificação”, apresentando a possibilidade de refutação empírica, o que torna o método jus econômico flexível e adaptável (PORTO, 2019, p. 48).

É o que também destaca Fernando LEAL (Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer?, 2019, pp. 86-89), ao tecer considerações sobre as diferentes formas de pensar do jurista e do economista.

O raciocínio jurídico tradicional, no sentido daquele que costuma ser forjado por meio de métodos e teorias normativas da tomada de decisão no direito, é predominantemente orientado para o passado.

Referenciais de justificação, como as regras mandatórias, precedentes, competências e o trabalho dogmático, parecem desempenhar um papel preponderante quando se pensa na fundamentação de processos argumentativos preocupados com a decisão judicial.

Advogados, tomadores de decisão e acadêmicos são obrigados a pensar retrospectivamente.

A concretização de virtudes caras ao ideal de estado de direito dependeria, assim, que o raciocínio jurídico fosse eminentemente retrospectivo.

Na versão mais extremada, identifica-se o juiz ideal como neutro observador de uma realidade por ele não vivenciada.

Todavia, as decisões judiciais têm consequências no mundo real e não podem prescindir da análise dos seus efeitos.

Por isso, Fernando LEAL observa que: 1) os agentes racionais costumam considerar as consequências de alternativas decisórias; 2) em certos casos, o próprio direito positivo exige a consideração de consequências para a tomada de decisão; 3) as decisões judiciais produzem efeitos no mundo e esses efeitos não podem ser simplesmente apagados no momento da tomada de decisão.

Parece inevitável que o direito conviva com raciocínios de natureza consequencialista em processos reais de tomada de decisão jurídica.

No que diz respeito às questões orçamentárias, impõe-se ao juiz que, uma vez provocado para decidir sobre uma dotação ou para exigir das instâncias governamentais a realização de determinadas condutas (prestar um serviço, realizar uma obra etc.), procure conhecer as efetivas consequências da sua decisão.

Com efeito, temerária se mostraria a ordem judicial calcada exclusivamente em modelos legais ou princípios abstratos, sem o mínimo de noção das efetivas consequências do seu ato.

Para tanto, além das regras orçamentárias impostas aos administradores públicos, deve se inteirar também das reais consequências que sua decisão traria à execução do orçamento e ao interesse público.

Imprescindível, neste caso, que o juiz conte com o auxílio de quem possa lhe oferecer tais informações, inclusive e principalmente da própria Administração Pública, melhor fonte que se pode ter para isso.

4. A moldura orçamentária das decisões judiciais

A efetivação dos direitos sociais sempre vai além do debate inicial sobre a previsão normativa destes direitos, desembocando inevitavelmente no *princípio da reserva do possível* em face da habitual alegação de escassez ou inexistência de recursos do poder público para o atendimento das demandas de natureza social.

De nossa parte, entendemos que a reserva do possível constitui um princípio, no sentido apresentado por (Filosofia do direito, 1972, p. 56), a saber, *verdade válida para um determinado campo de saber ou para um sistema de enunciados lógicos*.

O que conhecemos como reserva do possível tem como referência histórica e teórica uma conhecida decisão do Tribunal Constitucional Alemão, no ano de 1972.

Conforme Ricardo PERLINGERO (2013, pp. 168-169), a reserva do possível foi invocada pela primeira vez naquele ano, na decisão denominada “*numerus clausus*”, em que se debatia o direito a vagas em universidades públicas, ocasião em que o Tribunal fixou o entendimento de que os direitos fundamentais a prestações positivas, resultantes diretamente da Constituição, devem ser limitados aos casos em que o indivíduo possa racionalmente exigí-los da sociedade. Entendeu-se que uma pretensão subjetiva e ilimitada às custas da comunidade seria incompatível com os princípios do Estado Social.

Segundo tal entendimento, é necessário que haja uma ponderação dos interesses da comunidade, de modo a se preservar o equilíbrio econômico geral, evitando-se despesas que possam onerar exageradamente a sociedade.

Anota PERLINGERO que, ao longo dos anos (1990, 1992, 1998, 2001 e 2004), a reserva do possível viria a ser invocada em outras oportunidades pelo mesmo tribunal para justificar a redução de benefícios sociais, restringir o cálculo do tempo de aposentadoria ou limitar compensações para gastos com a criação e educação de filhos.

Isabel Campos NASCIMENTO (2022, pp. pp. 43-47) salienta que, no Brasil, o tema passou a ocupar a pauta do Supremo Tribunal Federal a partir de 2003, em ação de intervenção federal ajuizada contra o Estado de São Paulo em razão da ausência e pagamento integral de precatório de natureza alimentar.

Desde então, diz aquela autora, a aplicação da reserva do possível tem recebido um enfoque diferente daquele do Tribunal Constitucional Alemão, priorizando o aspecto da insuficiência ou indisponibilidade de recursos públicos para o atendimento de direitos sociais e deixando em segundo plano a exigência de razoabilidade das prestações postuladas pelo particular em face do Estado.

Além disso, NASCIMENTO observa que esta temática incorpora acentuado caráter ideológico na doutrina nacional, além de questionar a capacidade institucional do Poder Judiciário para analisar as políticas públicas, sobretudo em face do princípio da separação dos poderes.

Todavia, entende que esse posicionamento não se sustenta, uma vez que os argumentos econômicos se sobrepõem aos jurídicos, enfraquecendo a tutela dos direitos prestacionais, sob o argumento de que o que não está no orçamento não seria fundamental.

Citando OLSEN, NASCIMENTO sublinha que a escassez dos recursos econômicos para o atendimento aos direitos sociais não é natural, mas artificial, como fruto da escolha realizada pelos poderes públicos, hipótese em que estas escolhas determinariam a normatividade dos direitos, quando deveria ser o contrário.

Incursionando pela possibilidade de judicialização dos direitos sociais, Ingo Wolfgang SARLET (2015, p. posição 3211) entende que é possível exigir em juízo, pelo menos, as prestações vinculadas ao *mínimo social*, caso em que a dignidade da pessoa humana assume a condição de metacrítério para as soluções nos casos concretos, como já

reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em temas como saúde, educação e assistência social.

A reserva do possível, embora de inegável importância, exige cuidadosa interpretação, para que não se converta barreira inexpugnável à efetivação de qualquer direito social.

Se, por um lado, não é razoável exigir do Poder Público mais do que pode proporcionar, por outro, não se pode aceitar o argumento sistemático da escassez ou ausência de recursos, sem qualquer nível de comprometimento com essa gama de direitos.

Neste sentido, mostra-se pertinente a observação de Fabiana Okchstein KELBERT (2011, p. 1906), amparada nas lições de Eros Roberto Grau e J. J. Gomes Canotilho, de que não se pode condicionar a efetividade dos direitos sociais a uma “reserva dos cofres cheios”, pois isso equivaleria, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.

A pergunta fundamental a ser feita, neste caso, é: em que medida se pode exigir do Poder Público o atendimento dos direitos sociais?

Certamente, a diversidade de circunstâncias e soluções não permite respostas pré-concebidas. Cada caso deve ser analisado concretamente, segundo os recursos disponíveis.

Mais do que isso, ainda que existentes reservas orçamentárias, o pleito deve parecer razoável, como preconiza a ideia adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão nos citados precedentes.

Haverá casos em que se mostrará inexecutável o atendimento do direito social. Em outros, a resposta poderá ser positiva.

O fato é que a matéria não pode ser tratada com base em conjecturas ou pendores ideológicos.

Neste passo, se a escassez ou finitude de recursos é uma realidade inegável, igualmente insofismável é que pode existir um relevante déficit público no atendimento aos direitos sociais, abalando o valor da dignidade humana, com sérios prejuízos ao princípio democrático e da igualdade material.

Em face disso, a judicialização das demandas impõe aos juízes e demais atores processuais a boa compreensão dos conceitos, fundamentos e princípios do orçamento, bem como dos eventuais instrumentos de sua retificação.

Admitir a discussão sem considerar estes elementos converterá o processo em verdadeira aventura judicial, prejudicando a racionalidade e a adequação das soluções que venham a ser tomadas.

Conforme observa Isabel Campos NASCIMENTO (O princípio da reserva do possível e a ponderação, p. 167), de uma maneira geral, a ideia de orçamento está ligada ao planejamento das finanças públicas, das receitas e despesas estatais, para um determinado período.

Portanto, além de constituir um instrumento para a fiscalização das contas públicas por quem de direito (Poder Legislativo, Tribunais de Contas, Ministério Público etc.), o orçamento também tem o papel de plano de governo, merecendo muitos cuidados em sua proposição, aprovação e execução.

De acordo com James GIACOMONI (Orçamento público, p. 103 e ss.), o *processo orçamentário* compreende quatro etapas básicas: a) elaboração da proposta orçamentária; b) discussão, votação e aprovação da lei orçamentária; c) execução orçamentária e financeira; d) controle e avaliação da execução orçamentária.

Nos termos do art.165 da Constituição de 1988, cabe ao Poder Executivo a iniciativa para a elaboração de leis de natureza orçamentária, cujo arcabouço é constituído pelo Plano Plurianual (PPA), pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e pela Lei Orçamentária Anual (LOA).

A aprovação das leis orçamentárias compete ao Poder Legislativo de cada ente político da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Por sua vez, a execução orçamentária e financeira segue decisões e escolhas expressas na lei orçamentária, na forma de fluxos de recursos que entram e saem do Tesouro.

Como ressalta GIACOMONI (2021, pp. pp. 446-447), o orçamento de despesa não é apenas uma peça de orientação; a execução financeira das despesas deve ter sempre como marcos definidores as autorizações constantes do orçamento.

No caso, segundo as leis brasileiras, o exercício financeiro coincide com o ano civil (1º de janeiro a 31 de dezembro) e segue o regime contábil do *exercício* (competência), em lugar do regime de caixa, utilizado para as receitas.

Vários e importantes princípios são estabelecidos nas normas gerais de direito financeiro e dos orçamentos públicos (Lei 4.320/64), como o *princípio da universalidade*: o orçamento deve conter todas as receitas e todas as despesas do Estado (art. 2º a 4º); e o *princípio da discriminação ou especialização*: as receitas e as despesas devem aparecer no orçamento de maneira discriminada (art. 5º).

Todavia, no que atine ao presente trabalho, destaca-se o *princípio do equilíbrio orçamentário*, no sentido de que o orçamento deve observar o equilíbrio entre receitas e despesas (o montante de despesa autorizada em cada exercício financeiro não pode ser superior ao total das receitas estimadas para o mesmo período).

Ainda de acordo com GIACOMONI (2021, pp. 133-135), trata-se de princípio relativizado pelo keynesianismo e adeptos do estruturalismo, que defendem a possibilidade de endividamento público para correção de desequilíbrios cíclicos do mercado, o que encontra oposição de correntes próximas ao pensamento clássico e neoclássico, como a “Escola Monetarista”.

É fato, todavia, que as exigências orçamentárias não comportam rigidez absoluta, ao ponto de inviabilizar toda e qualquer decisão que traga alguma implicação financeira ao poder público.

Se é verdade, por um lado, que o juiz não pode ignorar as implicações orçamentárias das suas decisões, também é fato que o poder público dispõe de instrumentos para o cumprimento destas decisões, embora com o ônus de adaptar o orçamento às novas circunstâncias, até onde isso se mostre possível.

Como observa GIACOMONI (2021, pp. 452-453), seguindo sua programação de desembolso, o administrador deve precaver-se, programando a realização dos gastos de forma harmonizada com o comportamento do fluxo de entrada dos recursos, o que deve ser feito no prazo de até 30 dias após a publicação da lei orçamentária, nos termos do art. 8º da Lei Complementar 101/2000.

No entanto, ressalta esse autor que a *flexibilidade* deve ser uma característica da programação de desembolso. Assim, o cronograma poderá ser alterado durante o exercício, tendo em vista modificações nas prioridades e, especialmente, no

comportamento da arrecadação, com a observância dos art. 9º a 13 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Para tanto, há que se contar com os chamados *mecanismos retificadores do orçamento*.

Com efeito, GIACOMONI ensina que o orçamento pode ser retificado, visando atender *situações não previstas* quando de sua elaboração; ou, mesmo, viabilizar a *execução de novas despesas*, que só se configuram necessárias durante a própria execução orçamentária, caso em que será necessário utilizar o mecanismo do *crédito adicional*, na forma dos artigos 40 a 46 da Lei 4.320/64 (Orçamento público, 2021, p. 464 e ss).

Esclarece o apontado autor que são duas situações clássicas de imprevisão resolvidas pelos créditos adicionais: *saldo insuficiente* para atender um crédito orçamentário ou *inexistência de previsão do crédito orçamentário* no orçamento.

Por outro lado, os créditos adicionais classificam-se em suplementares, especiais e extraordinários.

O crédito suplementar destina-se a reforçar dotações orçamentárias, em se tratando de insuficiência de saldo.

Por seu turno, o crédito especial é destinado ao atendimento de despesas para as quais a lei orçamentária não conta com crédito específico.

Já o crédito extraordinário tem por finalidade atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

Vale ressaltar que a abertura de créditos suplementares e especiais depende de prévia autorização legislativa (CF/88, art. 167, V; Lei 4.320/64, art. 42), sendo que a própria lei orçamentária anual poderá ser utilizada para autorizar o Poder Executivo a abrir, durante o exercício, *créditos suplementares* até determinado montante, nos termos do art. 7º da Lei n. 4.320/64.

Já a autorização para a abertura de *crédito especial* só pode ser concedida por meio de lei específica.

Quanto aos *créditos extraordinários*, por serem indicados a situações em que a intervenção estatal deve acontecer rapidamente (calamidades etc.), não caberia aguardar-se o provimento legislativo prévio.

Assim, de conformidade com a Lei no 4.320/64, os créditos extraordinários são abertos por decreto do Poder Executivo, que informará de imediato ao Poder Legislativo sobre a providência tomada.

Resta saber de onde saem os recursos necessários para a abertura de eventuais créditos adicionais, sejam eles suplementares, especiais ou extraordinários.

Mais uma vez, nos servimos da lição de James GIACOMONI (Orçamento público, 2021, pp. 465-468), segundo o qual, também nas retificações orçamentárias, são necessários recursos para que os créditos adicionais possam ser autorizados e abertos, exigência dispensada apenas para os créditos extraordinários, que deverão ser tratados de forma específica pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Assim, os recursos a serem utilizados na abertura de créditos suplementares e especiais deverão provir das seguintes fontes: superávit financeiro no exercício anterior, excesso de arrecadação no exercício em curso, anulação de dotações orçamentárias ou operações de crédito.

Observa GIACOMONI que a *anulação parcial ou total de dotações orçamentárias ou de outros créditos adicionais* é a modalidade de recurso mais utilizada na abertura de créditos adicionais.

Como se vê, embora as regras orçamentárias sejam vastas e exijam muitos cuidados da Administração Pública, não desfrutam de rigidez absoluta e nem constituem impedimento à atuação judicial para a salvaguarda de direitos dos administrados.

As decisões judiciais poderão ter reflexos orçamentários quando determinarem ao poder público que prestem determinados serviços (saúde, educação, transporte etc.) ou promovam obras específicas (construção de escolas, implantação de sistemas de saneamento básico e medidas similares).

No caso da imposição judicial de serviços já existentes (mediante contratação de pessoal, material de consumo, serviços de terceiros e encargos diversos) e conservação ou adaptação de bens imóveis, a decisão judicial poderá interferir nas *despesas de custeio* (art. 12, § 1º, da Lei 4.320/64).

Por outro lado, consideram-se *despesas de investimento* as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive aquelas destinadas à aquisição de imóveis

necessários à realização destas últimas. O mesmo ocorre com a aquisição de equipamentos, instalações e material permanente (art. 12, § 4º).

Importante observar que, além das implicações financeiras, a decisão judicial não poderá desconsiderar a necessidade de licitação para a realização de obras e aquisição de bens e serviços (CF/88, art. 37, XXI; art. 70 da Lei 4.320/64).

5. A conveniência da atuação judicial heterônima

Muitas são as controvérsias sobre a possibilidade da intervenção judicial em questões que digam respeito aos outros poderes, como opinam C. GEARTY e V. MANTOUVALOU (Debating social rights., 2011, p. 126):

Os tribunais não são locais adequados para receber, muito menos avaliar, o tipo de dados empíricos e palpites sobre tendências futuras que devem sustentar toda a política social (incluindo a provisão de direitos sociais). Isso é mais do que uma reserva baseada na falta de equipamentos para o trabalho [...]; trata-se principalmente de uma observação sobre a incompetência do foro judicial, por mais aparentemente bem provido para a decisão que possa parecer. A questão é que não é o local certo para decidir essas coisas e quanto mais você mexer em seus procedimentos para torná-lo o lugar certo (súmulas especiais sobre dados socioeconômicos e afins; conselhos de ONGs; evidências de especialistas sobre o contexto social mais amplo, impacto de uma decisão proposta; e assim por diante), quanto mais tal tribunal se parece com um órgão executivo, mas sem as necessidades democráticas usuais de legitimidade eleitoral e responsabilidade pública.¹

As reservas à incursão judicial nas questões da Administração Pública não deixam de ser pertinentes, pois é tênue a linha entre a garantia de direitos e a invasão de competências, que tornam frequentes os brados contra o chamado “ativismo judicial” e a violação do princípio da independência entre os poderes.

Em se tratando de questões orçamentárias, a atuação judicial torna-se ainda mais sensível, já que a lei orçamentária é aprovada pelo Poder Legislativo e executada pelo Poder Executivo, ao qual não se pode negar certo grau de discricionariedade no momento de executar alguns serviços e, até mesmo, de contingenciar recursos, na hipótese de frustração da arrecadação esperada.

¹ Tradução do autor.

No entanto, não se pode correr o risco da omissão judicial diante de flagrantes violações dos direitos, pois o acesso à justiça também é uma garantia constitucional, através do princípio da universalidade da jurisdição, traduzido na fórmula de que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário (CF – art. 5º, inc. XXXV).

Ademais, no que diz respeito à aprovação e execução orçamentária, urge respeitar os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência, insculpidos no caput do art. 37 da Constituição Federal.

Pensamos que o ponto de equilíbrio na atuação judicial, em se tratando de questões de implicação orçamentária, é o auxílio externo ao órgão julgador, segundo os instrumentos processuais disponíveis, até mesmo em função da solução consensual de conflitos, como recomenda o § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

[...]

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O instrumento da *audiência pública*, embora previsto pelo Código de Processo Civil apenas para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 983, § 1º) e para o julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos (art. 1.038, II), pode e deve ser utilizado, em qualquer instância, para ouvir pessoas com experiência e conhecimento na matéria que constitui objeto do julgamento.

Cumprir frisar que, com o objetivo de regulamentar as audiências públicas no processo civil, foi aprovado na Câmara Federal o Projeto de Lei 4.527/2019, encontrando-se no Senado Federal à espera de apreciação.

Salutar, portanto, seria a realização de audiência pública quando a decisão judicial tiver implicações orçamentárias, não apenas com a finalidade de aprimorar a convicção do julgador, mas também para lhe conferir mais legitimidade perante o corpo social.

Igualmente útil pode ser a figura do *Amicus Curiae*, como prevista no art. 138 do Código de Processo Civil, diante da relevância da matéria, da especificidade do tema e da repercussão social da controvérsia.

Com uma atuação mais heterônoma, o órgão judicial poderá haurir dois grandes benefícios: inteirar-se melhor da questão e conferir mais legitimidade à sua decisão.

6. Considerações finais

A ingente questão da atuação judicial não mais compadece com uma postura estritamente dogmática do órgão julgador.

Como fenômeno cultural, que exige permanente integração com os valores e necessidades de cada momento histórico, o Direito requer do julgador que compreenda a experiência jurídica mediante modelos jurídicos prescritivos e hermenêuticos que atualizam, no plano da condicionalidade histórica, os valores transcendentais da Justiça, em constante atualização.

Ao atuar, o Poder Judiciário deve superar os esquemas estritamente formais ou abstratos. As regras e princípios devem pensados em consonância com a realidade e suas consequências efetivas.

Naquilo que for possível, deve buscar o auxílio da Análise Econômica do Direito, para atuar com mais racionalidade e eficiência.

Com relação às decisões de repercussão orçamentária, importa ao julgador ter em mente os limites legais e financeiros da sua atuação.

Nem por isso, está impedido de atuar para garantir direitos ou impedir violações de princípios da Administração Pública, uma vez que existem instrumentos flexibilizar a execução orçamentária, como os *mecanismos retificadores do orçamento*.

Por outro lado, em se tratando de questões orçamentárias, que resvalam no princípio da separação dos poderes, o julgador deve buscar meios de atuação heterônima, ou seja, não deve ficar restrito ao seu entendimento subjetivo da situação colocada em julgamento, mas buscar o amparo de elementos auxiliares, que possam lhe conferir mais eficiência e legitimidade institucional.

Deste modo, para formar sua convicção, deve fazer uso de instrumentos processuais como a audiência pública e o *Amicus Curiae*.

Portanto, ainda que suas decisões possam ter reflexos no orçamento público, o Poder Judiciário deve atuar quando isso for necessário para preservar os princípios da Administração Pública e os direitos dos administrados.

Referências

- ARISTÓTELES. (1987). *Ética a Nicômaco*. (L. V. Borhnhheim, Trad.) São Paulo: Nova Cultura.
- GEARTY, C. M. (2011). *Debating social rights*. Em A. CLAPHAM, *Human rights: a very short introduction*. Oxford: Hart.
- GIACOMONI, J. (2021). *Orçamento público (18 ed. ed.)*. São Paulo: Atlas.
- KELBERT, F. O. (2011). *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.
- LEAL, F. (2019). *Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer?* Em A. C. PINHEIRO, *Direito e economia: diálogos* (pp. 85-113). Rio de Janeiro: FGV Editora.
- NASCIMENTO, I. C. (2022). *O princípio da reserva do possível e a ponderação: uma proposta de critérios para análise da confiabilidade epistêmica de premissas empíricas e normativas de decisões judiciais*. São Paulo: Editora Dialética.
- PERLINGEIRO, R. (s.d., de set.-out. de 2013). *É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais?* *Revista de direito administrativo contemporâneo*, 2, pp. 163-185.
- PORTO, A. J. (2019). *Princípios de análise do direito e da economia*. Em A. C. PINHEIRO, *Direito e economia: diálogos* (pp. 25-50). Rio de Janeiro: FGV Editora.
- RÁO, V. (1999). *O direito e a vida dos direitos (5 ed ed.)*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- REALE, M. (1972). *Filosofia do direito (6 ed. ed., Vol. I)*. São Paulo: Saravia.
- SARLET, I. W. (2015). *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 (10 ed. rev. atual. e ampl. ed.)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.