

## Indicação judicial de fonte de custeio desvendará penumbras



**Élide Graziane Pinto**

procuradora do Ministério  
Público de Contas de SP

A Reforma da Previdência (PEC 06/2019) pretende exigir que as decisões

judiciais indiquem fonte de custeio para fins de controle de lesão ou ameaça de lesão a direito integrante do sistema da seguridade social (saúde, assistência e previdência social).

Trata-se da nova redação proposta para o § 5º do artigo 195, que, caso seja aprovada sem alterações pelo Congresso, assim disporá: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido por ato administrativo, lei ou *decisão judicial*, sem a correspondente fonte de custeio total.” (grifo nosso)

Tal iniciativa visa reforçar o comando do artigo 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Vale lembrar que, nesse citado dispositivo, a compensação da supostamente despesa “nova” na seguridade social é dispensada, caso se verifique que ela decorre de “concessão de benefício a quem satisfaça as condições de habilitação prevista na legislação pertinente”, “expansão quantitativa do atendimento e dos serviços prestados” ou mera garantia de correção monetária dos benefícios.

Considerando que a maioria das demandas de controle judicial tem por objeto – em maior ou menor medida – a pretensão de exercício de direito a quem alega satisfazer todas as condições do seu gozo ou tão somente busca acesso ao atendimento e a serviços prestados de forma insuficiente, a nova redação do § 5º do artigo 195 tende a produzir efeitos inócuos ou exatamente contrários aos almejados pelo Governo Federal.

Ao invés de conter o custo da expansão da judicialização de políticas públicas<sup>[1]</sup>, a medida pode se comportar como um “bumerangue” e, assim, expor – objetiva e amplamente – os inúmeros conflitos distributivos na elaboração e na execução das leis orçamentárias em nosso país.



Ora, nada mais seria tão benfazejo ao controle da discricionariedade administrativa no ciclo orçamentário dos entes governamentais do que a exposição ampla do custo de oportunidade de cada escolha trágica, o que pode ser antevisto nos seus motivos de fato e de direito, bem como no exame detido dos riscos de desvio de finalidade a que seu manejo está usualmente exposto.

A propósito, todo o debate recente e longo[2] sobre o orçamento impositivo atesta residir aqui o núcleo estrutural da frágil equalização de forças entre os Poderes da República. A busca da máxima vinculação do gestor ao planejamento por ele formulado, em diálogo com o legislador, sem prejuízo das instâncias cabíveis de controle, justificaria, ao menos em tese, a substituição do orçamento autorizativo pelo impositivo.

O próprio Substitutivo da PEC 2-A/2015[3] considerava como orçamento impositivo “*o dever de adotar todos os meios para a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade, aspecto que valoriza o acompanhamento e a fiscalização, permitindo-se a cobrança de resultados por parte da sociedade*”.

Uma vez eleitas como prioritárias as políticas públicas, na forma de programas de duração continuada do quadriênio regido pelo plano plurianual e em consonância com as diretrizes orçamentárias de cada exercício, a execução orçamentária deveria ser, tanto quanto possível, aderente ao planejamento, salvo motivo que atestasse comprovadamente haver necessidade de trajetória diversa.

A esse respeito, deveras oportuna fora a síntese do Relator Dep. Carlos Henrique Gaguim na apresentação do Substitutivo da Comissão Especial à PEC 2-A/2015:

A Constituição prevê um sistema articulado de planejamento e orçamento formado por PPA, LDO e LOA. A compatibilidade das emendas com o conjunto das políticas públicas estratégicas e prioritárias do PPA e da LDO é uma decorrência natural da atividade política, observando-se que cabe ao Legislativo apreciar o conjunto desses instrumentos. [...] Com base no exposto, concluímos por um Substitutivo que acresce novas disposições ao art. 165 da CF, na forma de princípios gerais aplicáveis a todo o orçamento.

Essas disposições explicitam *o dever genérico de execução (não parametrizado) como um fundamento aplicável ao conjunto de programações estratégicas e prioritárias definidas no PPA e na LDO. Ficam ressaltados impedimentos, o que inclui as limitações fiscais, premissa que permite ao Executivo manter o equilíbrio orçamentário. A definição acerca dos programas estratégicos e prioritários deve ocorrer no PPA e na LDO, aspecto que garante flexibilidade e evita rigidez operacional.* Ademais, a lei complementar de finanças públicas poderá estabelecer critérios gerais acerca da execução orçamentária.

*A ampliação do regime de obrigatoriedade de execução quebra o círculo vicioso do orçamento autorizativo, e ajuda a superar a inércia e a discricionariedade do gestor. Ampliado para o conjunto de programas e metas prioritárias, a medida pode ensejar a uma nova dinâmica na administração pública, valorizando o debate e o acompanhamento de metas e resultados. A responsabilidade pela execução incentiva, com o tempo, a busca de orçamentos mais realistas e focados em metas e resultados, o que pode trazer maior eficiência na execução.*



O paradoxal é que quanto maior o grau de vinculação orçamentária, mais recorrentes são as manobras tergiversadoras que tentam burlar, por exemplo, a destinação dos tributos vinculados e os deveres de gasto mínimo em educação e saúde. Isso se dá sem alcançar, porém, as despesas com pessoal ativo e inativo e os encargos financeiros, nem tampouco controlar o volume abusivo de renúncias fiscais concedidas por prazo indeterminado e sem qualquer monitoramento acerca do alcance dos seus resultados.

O binômio vinculação-discrecionalidade orçamentária encerra, portanto, uma falsa antítese, porque, em suma, as despesas factualmente obrigatórias já o são, independentemente da “impositividade” finalística das programações estratégicas e prioritárias definidas no PPA e na LDO. É exatamente porque não há compromisso em entregar resultados em face das metas planejadas que todo o debate sobre a flexibilidade orçamentária soa tão falacioso.

Considerando o inadimplemento de obrigações legais e constitucionais de fazer no ciclo orçamentário e diante da imposição do dever de indicação de fonte de custeio, os juízes podem controlar a lesão ou ameaça de lesão a direito com o manejo do §1º do artigo 150 da LDO federal de 2019 (Lei 13.707/2018):

Art. 150. O Poder Executivo incluirá despesas na relação de que trata o Anexo III em razão de emenda constitucional ou lei que crie obrigações para a União.

*§ 1º O Poder Executivo poderá incluir outras despesas na relação de que trata o caput, desde que demonstre que constituem obrigação constitucional ou legal da União. [...] (grifo nosso)*

Com fulcro no artigo acima e também no artigo 9º, §2º da LRF, a impossibilidade de o gestor contingenciar despesas que constituam obrigação constitucional ou legal do ente pode ser declarada judicialmente e não apenas pelo próprio Executivo, para quem, em última instância, deve retornar o ônus de indicar fonte suficiente de custeio.

É preciso obrigar o gestor a suportar o planejamento setorial e orçamentário que ele mesmo formula – em diálogo responsável com o parlamento – para que os direitos fundamentais não sigam adiados ou frustrados indefinidamente, mesmo quando leis absolutamente vigentes definem metas operacional e temporalmente claras como verdadeiras obrigações estatais de fazer. Cabe aqui exemplificar tal hipótese com o amplo rol de metas e estratégias do Plano Nacional de Educação (Lei 13.005/2014); o dever de encaminhamento do paciente diagnosticado com câncer em, no máximo, 60 dias, para tratamento (Lei 12.732/2012) e a obrigatoriedade de realização satisfatória do censo demográfico, em prazo não superior a dez anos (Lei 8.184/1991).

Como já debatemos artigos anteriores ([aqui](#) e [aqui](#)), é preciso ampliar o controle sobre a conformidade jurídico-constitucional do ciclo orçamentário em consonância com o dever de máxima eficácia dos direitos fundamentais.

É inadmissível invocar a discrecionalidade de realizar despesas voluntárias quando ainda houver obrigações legais e constitucionais de fazer inadimplidas, o que prejudica, por óbvio, a consecução de metas inscritas no planejamento setorial de políticas públicas que amparam direitos sociais inalienáveis, como educação e saúde.



O inadimplemento de obrigação constitucional ou legal de fazer – que ampara a eficácia de direito fundamental – gera presunção relativa de irregularidade das despesas discricionárias que lhe constrangeram a eficácia, haja vista o respectivo custo de oportunidade na ordenação inconstitucional ou ilegal de prioridades alocativas.

Desse modo, caso o gestor não se desincumba do ônus da motivação individualizada de cada qual das despesas discricionárias (incluídos aqui os gastos tributários), sua anulação passa a ser fonte de custeio potencial para a consecução das despesas que forem judicialmente determinadas em prol das obrigações constitucionais ou legais de fazer, que, por seu turno, amparam os direitos sociais.

O efeito bumerangue na redação dada pela PEC 6/2019 ao artigo 195, §5º da CF permitirá que o Judiciário promova a antítese fiscal diante de quem contraditoriamente alega que não há como custear direitos sociais, mas promove diversas escolhas opacas de fisiologismo fiscal.

Sem pretensão de exaustividade, arrolamos para debate alguns atos discricionários de execução orçamentária presumidamente conflitantes com as prioridades constitucionais e legais que amparam especialmente os direitos sociais à saúde e à educação e que, portanto, reclamam motivação circunstanciada:

I – Realizar despesas com publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos municipais, ou das entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida judicialmente, bem como ressalvada a propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado;

II – Custear parcial ou integralmente festividades e contratação de shows artísticos, ainda que, por meio de renúncia de receitas ou quaisquer outras formas de fomento;

III – Assumir despesa com novos serviços e obras, sem que estejam assegurados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço já em andamento e com cronograma prefixado, ressalvados os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública;

IV – Conceder, majorar ou renovar renúncias de receitas sem lastro na correspondente e indispensável medida compensatória, sobretudo as que são concedidas por prazo indeterminado, diante do seu impacto fiscal desarrazoado em face das premissas contidas no artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal;

V – Reconhecer espontaneamente prescrição da dívida ativa, sem que se tenha buscado esgotar todas as formas lícitas de executá-la, como, por exemplo, o protesto extrajudicial, sob pena de dano ao erário, na forma do artigo 10, X da Lei 8.429/1992;

VI – Assumir qualquer responsabilidade de custeio de despesas de competência de outros entes, em rota de lesão não só ao próprio artigo 62 da LRF, mas também aos deveres de cooperação técnico-financeira (artigo 30, incisos VI e VII da Constituição Federal) e, por fim, mas não menos importante,



VII – Majorar despesa de pessoal com o provimento de cargos, empregos ou funções ou quaisquer espécies de contratação por meio de interposta pessoa jurídica (com ou sem finalidade lucrativa), enquanto não se promover a leitura integrada dos artigos 41, §1º, III e 169 da Constituição de 1988, com o artigo 94, incisos IX e X e do artigo 95 do Decreto-Lei 200/1967, no intuito de se fixar a quantidade de servidores e sua produtividade mínima esperada, de acordo com as reais necessidades de funcionamento de cada órgão, para, na sequência, eliminar ou reabsorver o pessoal ocioso, “mediante aproveitamento dos servidores excedentes, ou reaproveitamento aos desajustados em funções compatíveis com as suas comprovadas qualificações e aptidões vocacionais, impedindo-se novas admissões, enquanto houver servidores disponíveis para a função”.

Descortinar as zonas cinzentas da sempre alegada limitação da reserva do possível é esforço dialético que se impõe a toda a comunidade jurídica, na fronteira da normatividade orçamentária, em busca da sua aderência máxima aos direitos fundamentais e à Constituição de 1988.

Historicamente redesenhos significativos são impostos ao orçamento público no Brasil, como se sua normatividade fosse vaporosa. A inconsistência é tanta que nem se pode parafrasear Zygmunt Bauman: nosso orçamento sequer tem consistência líquida, porque suas iniquidades e penumbras se esquivam gasosamente... Exatamente por isso é preciso que nos ocupemos da construção dialógica dos conceitos sobre o que é fonte de custeio e o que é fiscalmente reserva do possível, como fronteiras capazes (ou não) de obstar a eficácia dos direitos que já se encontram amparados por obrigações constitucionais e legais de fazer.

A ordenação legítima de prioridades alocativas está juridicizada em fortes balizas constitucionais que não podem ser ocultadas por cortinas de fumaça fiscais. Talvez esse seja um momento oportuno de inverter o ônus da prova (na forma do artigo 93 do DL 200/1967), em uma réplica argumentativa (antítese capaz de ampliar o contraditório), na fronteira última do controle judicial sobre lesão ou ameaça de lesão a direitos. Afinal, como dizia o Ministro Roberto Barroso: “por temer o horror econômico, não podemos dar causa ao horror jurídico”.

[1] Como se pode ler em <https://www.valor.com.br/politica/6131651/governo-tenta-frear-alta-de-despesa-imposta-pela-justica> e <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/04/reforma-cria-trava-para-liberacao-de-remedio-no-sus-via-decisao-judicial.shtml>

[2] A ideia de majorar amplamente a impositividade das leis orçamentárias não foi bem sucedida nas últimas propostas de emenda à Constituição que trataram do assunto. Isso porque só restaram, efetivamente, como “impositivas” as emendas parlamentares na Emenda 86/2015 (foco nas emendas individuais) e agora na PEC 34/2019 (foco nas emendas de bancada), cuja rápida tramitação recente indica sua promulgação em breve.

[3] Trata-se a PEC 2-A/2015 de proposta que “altera o art. 166 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica.”. Sua tramitação foi recentemente retomada em votações relâmpago na Câmara dos Deputados (<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/574102-CAMARA-APROVA-EM-2-TURNO-PEC-QUE-AMPLIA-ORCAMENTO-IMPOSITIVO.html>). O



---

inteiro teor da PEC 2-A/2015 encontra-se disponível em  
[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=B6D672F719033C2B3CD89CPEC+2/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B6D672F719033C2B3CD89CPEC+2/2015).

**Date Created**

23/04/2019