ORDEM JUDICIAL DE PAGAMENTO — AUSÊNCIA DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS — TEORIA DE IMPOSSIBILIDADE MATERIAL

PARECER

CONSULTA

Consulta-me a Presidência da República, pela Assessoria Jurídica de sua Subsecretaria Geral, o seguinte:

"O princípio da legalidade da despesa pública, instituto basilar do estado de direito, impõe ao administrador do dinheiro público a obrigação de observar, ao gastá-lo, as autorizações e limitações constantes da Lei do Orçamento, isto é, nada pode ser pago sem autorização orçamentária, nem além dos valores orçamentariamente limitados (CF, art. 167, II). A desobediência a qualquer dessas duas limitações (despender sem autorização ou além da autorização) constitui crime de responsabilidade (CF, art. 85, VI).

A Constituição de 1988 deu vulto à importância do orçamento como instrumento de governo, seja para o desenvolvimento econômico, seja para o social e político. Assim, estabeleceu um encadeamento a partir do plano plurianual de governo, do qual são anualmente escolhidas prioridades que, explicitadas na lei de Diretrizes Orçamentárias, delimitam os Três Poderes (CF art. 165).

Mas é a própria Constituição que estabelece, ou determina que a lei o faça, prevê determinados contingenciamentos orçamentários. Assim, os limites da despesa com pessoal ativo e inativo devem ser estabelecidos em lei complementar e, enquanto não for esta editada, o limite é de 65% das receitas correntes (CF, art. 169 e ADCT, art. 38). É também a Constituição que proíbe a concessão de quaisquer aumentos, vantagens ou reestruturações de carreiras em benefício dos servidores, sem prévia dotação orçamentária

(art. 169, parágrafo único, I) ou a criação, majoração ou extensão de benefício ou serviço de seguridade social, sem a correspondente fonte de custeio (art. 195, § 5º).

Em síntese, a Constituição proíbe gastar ou criar gastos além da previsão orçamentária.

O mesmo princípio do precatório (CF, art. 100) forte no argumento de moralidade e impessoalidade da despesa pública, também atende ao preceito da previsão orçamentária, ou seja, a despesa nova, decorrente de condenação judicial, é pagável no exercício cujo orçamento a prevê e autoriza.

Entretanto, é igualmente princípio constitucional basilar do estado democrático o da obediência às decisões do Poder Judiciário. Não obstante, nem sempre é fácil conciliar a execução das decisões do Poder Judiciário com os comandos constitucionais atinentes à execução orçamentária.

Ocorre que, das decisões do Poder Judiciário, de natureza patrimonial, decorrem efeitos que retroagem à data em que o Judiciário reconheceu ou declarou constituído o fato ou ato gerador da obrigação (efeitos *ex tunc*) e efeitos que operam a partir da data do trânsito em julgado da decisão (efeitos *ex nunc*).

Quanto aos primeiros, retroativos, incide a norma do precatório e mesmo, ainda que desconsideradas as hipóteses de medidas liminares satisfativas, ainda assim, poderá a Administração defrontar o problema da exaustão orçamentária, que pode decorrer de duas circunstâncias: (a) a realização insuficiente da receita prevista; e (b) a superação do valor da despesa autorizada.

É de se ver que nem sempre poderá o Administrador recorrer do expediente da solicitação de créditos adicionais, que pressupõem a possibilidade do cancelamento de autorizações de despesa ou a realização de operações de crédito. Demais disso, as aberturas de créditos adicionais dependem de autorização legislativa. Somente os casos extremos admitem o recurso à medida provisória (v. CF, art. 167, §§ 2º e 3º).

Também parece inquestionável que os preceitos do art. 167 da Constituição se aplicam tanto ao orçamento fiscal quanto ao orçamento da Seguridade Social. Não pode haver suprimento do orçamento da Seguridade, à conta do orçamento fiscal, se neles não houver, respectivamente, previsão da receita relativa ao suprimento e orçamentação da despesa relativa à transferência. Os orçamentos são constitucionalmente distintos (CF, art. 165, §§ 5º e 7º).

Outrossim, é de notar que atualização dos valores de remuneração ou de benefício, embora não constituam, realmente, aumento de remuneração (porque apenas ajustam o valor nominal ao valor real), constituem, fora de dúvida, aumento de despesa. E, do aspecto orçamentário, o que interessa, objetivamente, é o aumento da despesa. As rubricas orçamentárias são expressas em moeda corrente, sem indexação. O que a Constituição proíbe, expressamente, é a realização de despesa além do crédito orçamentário.

CONSULTAS

O art. 167, II da Constituição proíbe a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. Já o 195, § 5º, estatui que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

É fora de discussão que os preceitos do art. 167 da Carta aplicam-se à execução do orçamento da Seguridade Social, que, com o orçamento fiscal e o orçamento de investimentos, compõem a lei orçamentária anual. Os orçamentos são distintos, mas o regramento constitucional é único.

Parece, assim, que o § 5º do art. 195 deve ser interpretado em consonância com o inciso II do art. 167, isto é, nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido se não houver, no orçamento da Seguridade Social, "crédito orçamentário", ou seja, autorização de despesa em valor compatível com o encargo criado, majorado, ou estendido.

Por outro lado, economicamente considerada, a atualização monetária de valores não constitui aumento, porque não há alteração, para mais, do poder aquisitivo. Tal constatação de natureza econômica reflete-se necessariamente na ordem jurídica, como é sabido.

a) Sendo assim, quando o § 5º do art. 195 da CF diz que "nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser majorado...", há proibição para aumentos reais e nominais ou apenas para os aumentos reais?

b) Como conciliar a possibilidade do aumento nominal do benefício, sem a possibilidade de elevar o valor nominal do crédito orçamentário?

Note-se que o "crédito orçamentário" (autorização de despesa) pode ser aditado mediante novo crédito, ou seja, nova autorização de despesa que deverá ocorrer do cancelamento ou anulação de outro crédito ou basear-se em previsão ou constatação de aumento da receita prevista.

No caso de mandados de segurança coletivos e, notadamente, no de ações civis públicas, as eventuais sentenças condenatórias alcançarão um amplíssimo universo de beneficiários, elevando, imediatamente, a despesa a cifras que poderão exceder a "capacidade orçamentária", ou seja, a capacidade de realizar despesas de acordo com as previsões de receita, realizadas, e as autorizações de despesa.

Assim sendo, nem sempre a disponibilidade de caixa significa disponibilidade orçamentária, mesmo porque o inciso VI do art. 167 da CF proíbe a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra, ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa, e o § 2º do art. 195 estatui que cada área da seguridade social terá a gestão dos recursos que lhe tocarem orçamentariamente.

Os reajustamentos ou majorações de benefícios decorrentes de condenação judicial são pagos mediante precatório quanto aos meses anteriores à decisão (CF, art. 100), mas tornam-se desde logo devidos os posteriores à decisão e, quanto a estes, pode ocorrer o aumento de despesa excedente da capacidade orçamentária.

Nesse caso, como conciliar os princípios constitucionais atinentes ao cumprimento da decisão judicial e à execução orçamentária, considerando-se que o aumento dos créditos tributários dependem de deliberação do Poder Legislativo, mediante a comprovação da existência de recurso (CF, art. 167, V)?"

RESPOSTA

Antes de passar a responder as variadas questões formuladas, pelo prisma do discurso exegético do eminente chefe da assessoria jurídica, professor Gilmar Mendes, que as justifica, pretendo tecer rápidas considerações sobre o princípio da impossibilidade material, que deve nortear a aplicação do direito pelos poderes constituídos à luz da ordem constitucional vigente.[1]

Tal princípio decorre do fato de que a lei não pode exigir mais do que a situação jurídica permite, nem pode a determinação judicial exigir algo que, nas diversas alternativas de execução, a materialidade fenomênica demonstre ser irrealizável. A teoria da lei de eficácia impossível ou da decisão judicial de imposição inviável, outro fato não exterioriza que a lição aprendida pelos alunos de Direito quando de suas reflexões sobre a Introdução a esta Ciência de que a lei não pode ter um objeto impossível, nem a decisão judicial cuidar de situação inviável.[2]

Nenhuma lei poderia obrigar todo cidadão a viajar, uma vez na vida, à lua, assim como nenhuma decisão judicial poderia impor a um paraplégico, que, como cumprimento de uma obrigação, corresse os 100 metros rasos em 10 segundos.

A impossibilidade do objeto normado ou julgado torna sem eficácia o conteúdo material da lei ou da sentença, razão pela qual permanece como se não existisse no mundo do Direito. Permanece no mundo onírico das idéias, mas sem força coatora capaz de tornar eficaz a imposição veiculada.[3]

À evidência, a teoria da impossibilidade material não se confunde com aquela da impossibilidade circunstancial, que não tira eficácia potencial à sentença, apenas retirando sua eficácia temporal, que poderá se tornar definitiva.[4]

Um juiz que determine, em ação de execução de uma cambial, a penhora dos bens do devedor e estes, por circunstâncias várias, inexistam, poderá condenar o devedor, mas, à falta de patrimônio, sua decisão será inexeqüível. Na teoria dualista da obrigação, ao pacto contraído deve corresponder a responsabilidade patrimonial capaz de garantir sua adimplência. À obrigação corresponde a responsabilidade, exteriorizando dois momentos distintos da teoria do contrato, nada obstante alguns autores, entre os quais encontra-se a figura ímpar de Antunes Varella, não dissociem os dois momentos, entendendo que a obrigação e a responsabilidade integram uma unidade ôntica a justificar a relação obrigacional.[5]

O certo é que a teoria da impossibilidade circunstancial não desnatura o direito, embora a perda de eficácia momentânea do julgado pareça sinalizar para sua falência aplicacional.

Não há como confundir a sentença determinadora de aplicação de uma obrigação impossível com aquela da aplicação da obrigação possível, mas momentaneamente inviável, por fatores exógenos à sua essência.[6]

À evidência, pode haver conformações legais ou constitucionais que autorizem a aplicação da teoria da impossibilidade material a determinadas exigências ou decisões. Prevê, por exemplo, a Constituição, que é vedado aos entes tributantes dar efeito de confisco à tributação. Tal efeito pode ser genérico (imposição superior à capacidade contributiva da sociedade, como ocorreria, por exemplo, com lei que exigisse de todos os cidadãos oitenta por cento de sua renda, a título de imposto) ou específico, como nos casos de impostos não pessoais, como é o IPTU, em que pela excessiva elevação de alíquotas, o contribuinte sem renda e sem outro bem, que não a casa em que more, se veja impossibilitado de pagar o tributo e, se vier a perdê-lo em leilão, não terá condições de adquirir outro. O efeito de confisco, neste caso, aplica-se, em face da impossibilidade real gerida pelo excesso de tributação de um imposto de natureza despatrimonializante. O cidadão, que sustenta o Estado, através dos tributos, vê-se — para sustentá-lo — reduzido à condição de escravo da gleba medieval, perdendo seu próprio local de moradia. À luz da Constituição Federal (art. 150 inciso IV) tal situação termina por configurar uma impossibilidade não circunstancial, mas material, por determinação da *lex maxima*.[7]

Fora das hipóteses expressas da Constituição, mantêm, as decisões judiciais, que esbarrem nas impossibilidades circunstanciais — que são exógenas e não intrínsecas — sua eficácia apenas suspensa, visto que não integram as ditas barreiras, a essência da materialidade examinada, como ocorre na impossibilidade real. Na impossibilidade circunstacial, a eficácia contida pertence ao mundo do direito. Na material, a eficácia, por impossível, pertence apenas ao mundo das idéias e das "ficções científicas", mas não gera obrigações jurídicas.[8]

Variante da impossibilidade circunstancial encontra-se na teoria da imprevisão, em que o reequilíbrio contratual, por força de circunstâncias imprevistas e inevitáveis às partes, faz-se necessário, a fim de evitar o enriquecimento injustificado de uma delas à custa do empobrecimento imerecido de outra.[9]

O certo é que tais teorias, que refletem princípios jurídicos, não se confundem com a teoria da impossibilidade material, a qual, por sua essência, termina por gerar a ineficácia absoluta das decisões ou leis que, indiscutivelmente, a hospedem.

Um derradeiro aspecto sobre a teoria da impossibilidade material merece meditação, ou seja, aquele decorrente das vedações constitucionais.

As vedações constitucionais exteriorizam autênticas imunidades, que podem ser positivas ou negativas. Sempre que a lei máxi-

ma proíba ao Poder determinada ação, garante à sociedade o exercício de certos direitos ou atividades, sem a interferência, naquele aspecto, do Estado, podendo, à evidência, as imunidades atingir os próprios entes públicos, tendo natureza subjetiva e objetiva, conforme interdite sua ação em relação a determinadas pessoas ou determinados objetos, situações ou atividades.

São estas as clássicas imunidades negativas, que encontram, principalmente no capítulo da imposição tributária, vasta literatura no direito pátrio e comparado.[10]

Há situações, todavia, que implicam autênticas imunidades positivas, isto é, vedações que protegem o poder público contra a sociedade, em suas pretensões de exigir atuação do Estado, que a Constituição interdite.

Tal capítulo das vedações positivas ou imunidades de tal natureza tem sido de menor indagação, porque assegura, indiretamente, à sociedade, a certeza de que o Estado agirá daquela forma. É, todavia, fonte de reflexão principalmente na área das finanças públicas, eis que o direito da sociedade de que o Estado haja de determinada forma, protege, em decorrência, o Estado contra a sociedade, impedindo que esta exija tratamento diverso, após ter o Estado seguido a determinação legal. Em outras palavras, se os orçamentos forem aprovados nos estritos limites da lei maior, proibida está a sociedade de exigir comportamento diverso do Estado, pois tem este a proteção da lei maior, exceção feita à atuação legislativa.[11]

A matéria poderia ser facilmente compreensível se os textos constitucionais analíticos não contivessem dispositivos aparentemente conflitantes. Nas constituições não exclusivamente principiológicas, as imunidades positivas — ou as vedações a que o Estado aja diversamente do disposto na lei maior — são menos claras.

Na ocorrência de dispositivos aparentemente conflitantes ou efetivamente conflitantes dos textos constitucionais extensos cabe ao intérprete duas posições: a conciliatória ou a excludente do princípio menor. Em outras palavras, ou a integração exegética no sistema recompõe o conteúdo ôntico do dispositivo, à luz do sistema, ou ocorre a declaração da inconstitucionalidade da norma constitucional em face de sua não inserção no sistema, a que se poderia acoplar a teoria da ineficácia da norma inintegrável, sem que sua vigência fosse cancelada, teoria desenvolvida por Domingos Franciulli Netto, à luz do direito brasileiro.[12]

Os autores portugueses rejeitam a lição de Bachof, entendendo que sempre é possível a conciliação exegética, adequando-se a norma, aparentemente inconciliável, com exegese ampliativa ou redutora para que sua eficácia seja reconhecida por força do processo hermenêutico.[13]

Não creio seja possível, no Brasil, apesar da abstrata solução germânica, a adoção pura da inconstitucionalidade das normas constitucionais, entendendo também inadmissível, nada obstante sua aceitação por parte do Tribunal de Justiça de São Paulo, a teoria da perda de eficácia e não da vigência das normas inintegráveis. Entendo possível a adoção de solução conciliatória, mormente à luz da impossibilidade de aplicação de todo o ordenamento constitucional, simultaneamente, pela existência neste, desde normas programáticas até àquelas de eficácia contida ou limitada, que retêm, no tempo, a plena eficácia constitucional.[14]

Parece-me sempre possível conciliar princípios aparentemente divergentes, principalmente à luz da teoria da impossibilidade material, a que me referi no início deste parecer, com o que a vigência e a eficácia da norma constitucional permanecem, nas normas que se chocam, suspensas no tempo, por força da impossibilidade material de sua implementação.[15]

Já aqui posso começar a responder à consulta formulada, à luz do que atrás escrevi e dos princípios que regem: a) as funções públicas; b) a autonomia dos poderes; c) os direitos constitucionais dos cidadãos.

À evidência, a consulta, muito embora não se referindo à atual questão dos aposentados, objetiva conhecer minha opinião sobre

os três aspectos mencionados, com reflexos inequívocos sobre o polêmico debate.

Não pretendo discutir o direito ou não dos aposentados neste parecer. Nem mesmo discutir aspectos relacionados à política previdenciária no país.

Sobre o primeiro tenho-me manifestado favorável à dignidade de uma aposentadoria que permita ao cidadão, depois de anos de trabalho, dela poder viver, usufruindo do legítimo discurso que a lei maior autoriza. E, à nitidez, o sistema atual não permite tal remuneração digna, se o cidadão não for funcionário público ou servidor da Administração Indireta. Estes têm privilégios que a sociedade, que os sustenta, não tem, quando se aposenta, nada obstante os grandes devedores da Previdência serem os órgãos da Administração Indireta e o Poder Público, que não a pagam, mas remuneram seus aposentados de forma superior e desigual em relação aos comuns mortais que não pertencem ao governo.[16]

Sobre o segundo, porque também já me manifestei contrário à política vigente, que leva à corrupção, não debelada, na seguridade, aos fantásticos desperdícios e à espúria rolagem da dívida das administrações diretas e indiretas junto à Previdência, por 20 anos, esculpida nas leis — a meu ver inconstitucionais — n.os 8.212 e 8.238/91. O fato é tanto mais revoltante quando se sabe que as empresas mal suportam a fantástica carga tributária social, que é das mais elevadas do mundo, se se considerar o PIS, PASEP, contribuição social, Finsocial, contribuições previdenciárias e outras imposições de igual natureza, a gerarem inflação sem contrapartida de benefícios.[17]

Sobre tais matérias tenho posição definida e sobre elas não me manifestarei neste parecer, por entender que não são objeto da consulta formulada.

Estão, todavia, no *substratum* da questão formulada, razão pela qual lhes fiz referência para que a resposta que ofertarei no parecer não seja mal interpretada, nem pela consulente, nem pelo Poder Judiciário, se vier a ser utilizada pela Presidência da República, nem pela grande maioria dos aposentados que está em juízo, pleiteando remuneração superior àquela ofertada pelo Governo.

Isto posto, volto às colocações prévias, a fim de começar a busca de uma conciliação da exegese constitucional nos três pontos mencionados, com princípios aparentemente conflitantes, em face do extenso texto constitucional.

Principiarei pelos dispositivos sobre o orçamento.

Nos comentários que fiz ao título VI da Constituição Federal (arts. 145 a 169) pela Saraiva, obra que venho publicando com Celso Bastos (vol. VI, t. I e II), procurei mostrar que o constituinte amarrou a execução orçamentária a rígido controle, por parte do Congresso Nacional — com vicária atuação do Tribunal de Contas da União —, das receitas e despesas aprovadas pelas três leis orçamentárias.[18]

O art. 165, ao fazer menção ao plano plurianual, lei de diretrizes e ao orçamento, entrelaçou sua execução, colocando, no primeiro, aquelas despesas e receitas vinculadas a serviços ou obras cuja execução ultrapassasse o exercício; na lei de diretrizes orçamentárias, a projeção do orçamento — e, a meu ver, a própria adoção do princípio da anualidade para a imposição tributária — e na lei orçamentária, a projeção de despesas e receitas e sua rígida vinculação à programação de iniciativa do Executivo e de deliberação congressual.

Estão os §§ 1º, 2º e 3º do art. 165 assim redigidos:

"Art. 165 (...)

§ 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.

§ 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício finan-

ceiro 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.

§ 3º O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária".

Por outro lado, criou três orçamentos distintos, no § 5º, com a redação seguinte:

"§ 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 investimentos 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", separando o orçamento fiscal daquele da seguridade social, vedando, em seu art. 167 incisos II, V, VI, que a aplicação das receitas seja distinta do aprovado, a não ser com expressa autorização legislativa, tendo os dispositivos o discurso que segue:

"Art. 167. São vedados:

II — a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

V — a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;

VI — a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa",

a que se acrescem os incisos VII, VIII e IX, com esta dicção:

"VII — a concessão ou utilização de créditos ilimitados;

VIII — a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir a necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º;

XI — a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa", todos criadores de autêntica prisão para o Executivo — e Legislativo e Judiciário, na parte de sua autonomia administrativa — no desvio de verbas ou assunção de despesas não autorizadas nos 3 orçamentos e, principalmente, no fruto dos dois primeiros, que é a lei orçamentária.[19]

O princípio, que considerei salutar no vol. VI, tomo II, dos Comentários, impede, veda, proíbe que o Poder Público adote critérios distintos para os três orçamentos da lei orçamentária. Uma pequena explicação se faz necessária neste ponto. No parecer utilizo-me ora da expressão "orçamentos" *lato sensu*, isto é, abrangendo o plano plurianual, a lei de diretrizes e a orçamentária, porque a seção da Constituição Federal que delas cuida intitula-se "Dos orçamentos", ora no *stricto sensu*, ou seja, referindo-se aos três orçamentos da lei orçamentária (fiscal, seguridade e estatais). No momento, cuido destes últimos, utilizando-me da expressão "orçamentos" em *stricto sensu*. Ora, a junção de todos os dispositivos mencionados demonstra que o controle do Legislativo é absoluto sobre a execução orçamentária, não havendo espaço para o Executivo atuar fora do que foi aprovado, sem expressa autorização legislativa.

Em outras palavras, pela Constituição fica vedado à sociedade, por qualquer de suas formas de representação, exceção feita da legislativa, exigir execução orçamentária distinta daquela que aprovada foi por lei, sem expressa autorização modificativa do orçamento. Tal vedação implica a garantia da Administração Pública Federal de executar a lei orçamentária tal como aprovada, no máximo sendo permitida a abertura de créditos extraordinários para os casos de guerra, comoção interna ou calamidade pública,

nos termos do § 1º do art. 167, assim redigido:

"Art. 167. (...)

§ 3º A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62".[20]

Esta vedação à ingerência na execução orçamentária, autêntica imunidade positiva do Poder Público de executar o orçamento nos estritos termos de sua aprovação, não pode, à luz da Constituição, ser afetada, sem violação à lei suprema. Compreende-se, em face de tal rígido sistema, o disposto nos arts. 195 § 5º e 169 parágrafo único I, que vedam, sem prévia dotação orçamentária ou sem fonte de custeio correspondente, despesas superiores às orçadas, estando, ambos, assim redigidos:

"Art. 195. (...)

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Art. 169. (...)

Parágrafo único. A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas:

I — se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes", e completados pelo art. 38 do ADCT, cuja dicção é a seguinte:

"Art. 38. Até a promulgação da lei complementar referida no art. 169, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios não poderão despender com pessoal mais do que sessenta e cinco por cento do valor das respectivas receitas correntes", que longamente comentei no livro anual da APEC de 1991 em edição bilíngüe.[21]

O segundo aspecto a ser examinado é o da independência dos poderes. O Poder Judiciário é o mais importante de todos, na minha particular visão da autonomia de cada um. Não é o poder político, mas técnico, e o único com condições de julgar os demais, manter a ordem jurídica e interpretar a Constituição, ofertando-lhe a exegese definitiva. Ao contrário dos outros poderes, não busca o apoio da sociedade nas suas interpretações, mas apenas se apóia no ordenamento jurídico, falando, o magistrado, nos autos e não através da mídia. De longe, é o poder constituído pelas pessoas mais íntegras, mais competentes e de currículo cultural superior, pelo próprio processo de seleção.

À evidência, o sistema constitucional brasileiro não só torna o Poder Judiciário o guardião do ordenamento legal, como obriga os demais poderes a se curvarem perante suas decisões. As decisões do Poder Judiciário, não se discutem, cumprem-se, desde que haja possibilidade material de seu cumprimento. Aplica-se, como demonstrei no início do parecer, a teoria da impossibilidade material não só às leis, como às decisões judiciais.[22]

Ora, no momento em que uma decisão judicial determine que seja paga certa importância contra o rígido orçamento aprovado, à evidência, impõe uma condição de impossível cumprimento pelo Poder Executivo, visto que não pode alocar recursos fora dos estritos termos das diversas leis orçamentárias. Não me parece, pois, que tal decisão se coloque como daquelas de cumprimento possível.

À evidência, não pode a autoridade desobedecer à decisão judicial. Corretamente, houve por bem o STF em ter por inconstitucional o art. 3º do Decreto nº 430/92, que exigia o descumprimento de decisão judicial, pois atentatório à Constituição Federal e à dignidade do Poder Judiciário.[23]

Não tendo, todavia, como cumpri-la, a atitude do Poder coagido por decisão judicial, à luz da teoria da impossibilidade material, é voltar ao juízo de quem emanou a ordem e declarar que pretende cumprir, exibir a lei

orçamentária aprovada, a vinculação de todos os recursos e pedir para que o juiz prolator da sentença declare de que forma poderá obter recursos extra-orçamentários, em face das amarras constitucionais já atrás comentadas. Deverá, outrossim, pleitear que a decisão seja estendida ao Poder Legislativo determinando-lhe que, nos termos da lei maior, oferte autorização para que a sentença possa ser cumprida além dos recursos orçamentários.

Em outras palavras, cabe ao Poder Executivo declarar que deseja cumprir a sentença, mas não tem materialmente como fazê-lo, pedindo que, sob responsabilidade do próprio juízo, encontre ele, no orçamento exibido, os meios para satisfação da sentença.

À evidência, se o juiz declarar que a Constituição, na parte que cuida do orçamento, deve ser desconsiderada e que os arts. 165 a 169 devem ser descumpridos, determinando a alocação de verbas com outro destino para o cumprimento da sentença, terá a decisão que ser cumprida, cabendo, todavia, no caso, pedido de correição, visto que, expressamente, o juiz estará exigindo que a Constituição seja descumprida, sobre caber, a meu ver, mandado de segurança contra a decisão, quando não, um pedido de sua sustação, pois faz "tábula rasa" das rígidas vinculações orçamentárias, perante o Tribunal imediatamente superior.[24]

Não cabe ao Poder Executivo declarar que não cumpre, mas sim que deseja cumprir, mas não tem como, cabendo ao juízo determinar, à luz dos comandos constitucionais sobre o orçamento, de que maneira pretende fazer com que seja cumprida a decisão.

A meu ver, nestas circunstâncias, caberia apenas ao juízo impositivo determinar ao Legislativo que gere, em lei complementar, as fontes de recursos e dê a autorização necessária para que a decisão seja cumprida. O que não pode é o juiz se transformar, de legislador negativo que é, em legislador positivo, que não é.

Por fim, mister se faz uma última observação. Entendo que as pensões alimentícias não estão sujeitas ao regime dos precatórios, a que se refere o art. 100. De início, porque este se aplica, no que diz respeito aos precatórios, apenas à Fazenda Pública e esta não se confunde com as autarquias, desde 1988, na medida em que a União passou a ser tratada de forma distinta de suas autarquias, como exemplifica o art. 109, assim redigido:

"Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I — as causas em que *a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem* interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho" (grifos meus).[25]

As pensões alimentícias devem ser pagas fora do regime dos precatórios, *mas pela força dos recursos orçamentários,* com o que a decisão judicial poderia ser estendida ao Legislativo para que autorize créditos suplementares e fontes de receitas para que, no próprio exercício, possa haver verba necessária a seu cumprimento.

Tenho plena consciência não ser esta a posição dominante na jurisprudência, mas entendo que a intenção do constituinte estaria frustrada se admitisse que as pensões alimentícias pudessem aguardar quase 1 ano e meio para serem pagas sem correção, renovando-se, ano a ano, o pedido de complementação da indexação não realizada, no mais iníquo dos sistemas de preservar a aeticidade do Estado, quando devedor. Sendo a pensão alimentícia prestação sobrevivencial, não sem razão o constituinte colocou, no início do discurso do art. 100 a sua exclusão do regime dos precatórios e não, como entende parcela da doutrina e o STF, para ter preferência sobre outros precatórios, assegurada sua adimplência no exercício seguinte, *sem correção.*

Em outras palavras, na inteligência que dou aos diversos dispositivos questionados, não pode o Poder Executivo cumprir decisão para a qual não tenha recursos alocados, mas não está o vencedor na lide, mesmo que

previsoriamente, sujeito a esperar o ano seguinte, podendo o juízo determinar, se recursos não houver no orçamento, que o Legislativo supra, com autorização e fontes de recursos, os meios necessários para o cumprimento de decisão judicial.[26]

À luz do que escrevi respondo as questões de forma perfunctória:

1 — a) O § 5º do art. 195 cuida dos aumentos vinculados à capacidade da seguridade de obter receitas, de tal forma que se o crédito orçamentário estiver alocado por seus valores nominais, a majoração vedada seguiria a nominalidade dos créditos. Se forem, todavia, atualizados, no exercício pela própria correção da receita orçada, nos níveis da inflação, em economia reindexada, acompanhará a indexação dos ingressos e não outros indicadores que os superem.

1 — b) Respondida na questão anterior.

2) A forma conciliatória reside na demonstração perante o juízo, da inexistência de recursos (teoria da impossibilidade material) para cumprir a decisão e da necessidade de ser acionado o Poder Legislativo para autorizar despesas superiores, com indicação das fontes de recursos para atendê-las.

SMJ.

São Paulo, 17 de março de 1992. — *Ives Gandra da Silva Martins,* professor titular de Direito Econômico e de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.

NOTAS

[1] Limongi França, por sua comissão de redação, seleciona 5 espécies de impossibilidade, ao dizer: "Qualidade daquilo é impossível, *i.e.,* que não pode ser feito ou realizado.

Pode-se apontar cinco espécies de impossibilidades: 1ª) absoluta, quando impossível está na própria natureza da coisa, inexistindo alteração de circunstância que a torne possível; 2ª) física, quando decorre de fatores da natureza; 3ª) metafísica, quando envolve contradição; 4ª) moral, quando certos motivos determinantes apontam maior probabilidade para que uma coisa não se torne possível; 5ª) relativa, quando ocorre em face de certas condições, cessando quando essas condições desaparecem" (*Enciclopédia Saraiva de Direito,* 42, Ed. Saraiva, 1977, p. 333).

[2] Miguel Reale ensina: "Na realidade, as regras que dispõem sobre a organização dos poderes do Estado, as que estruturam órgãos e distribuem competências e atribuições, bem como as que disciplinam a identificação, modificação e aplicação de outras normas não se apresentam como juízos hipotéticos: o que se caracteriza é a obrigação objetiva de algo que deve ser feito, sem que o dever enunciado fique subordinado à ocorrência de um fato previsto, do qual possam ou não resultar determinadas conseqüências. *Ora, não havendo a alternativa do cumprimento ou não da regra, não há que falar em hipoteticidade.*

O que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória" (grifos meus) (*Lições Preliminares de Direito,* Ed. Bushatsky, 1974, p. 103-4).

[3] Karl Engisch lembra que: "A causalidade jurídica (a circunstância de um fato arrastar consigo efeitos de Direito) baseia-se na determinação da lei e, por isso, pode ser livremente modelada por ela: o Direito pode coligar a quaisquer fatos quaisquer conseqüências jurídicas".

Desta idéia de uma causalidade jurídica extraem-se também conseqüências práticas, por exemplo: *que uma conseqüência jurídica não pode produzir-se duas vezes ou ser duas vezes anulada. Não há "efeitos duplos" no Direito. Se alguém, por exemplo, se torna proprietário com base num negócio jurídico, não pode tornar-se uma vez mais proprietário com base numa outra hipótese legal, v. gr., numa usucapião.* Ou então, se um negócio jurídico já é nulo com base em certa hipótese legal, não pode ser declarado nulo uma vez mais com base noutra hipótese legal, por exemplo, com base no dolo. Neste sentido diz von Tuhr que "um direito, uma vez constituído, não pode voltar a constituir-se, e um direito que ainda se não constituiu ou se extinguiu não pode ser anu-

lado" (grifos meus) (*Introdução ao pensamento jurídico*, 3. ed., Ed. Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 47).

[4] Giorgio Del Vecchio esclarece: "Acima de todas elas, a lei exprime de modo geral aquilo que a consciência popular reconheceu como devendo ser lei; entre ambas, pois, deverá existir certa e natural correspondência. À lei é vedado impor algo de insensato, de impensado, que seja inteiramente novo ou contraste violentamente com as persuasões fundamentais dos cidadãos sobre o justo e o injusto, o obrigatório e o não obrigatório" (*Lições de Filosofia do Direito*, 5. ed., Ed. Armênio Amado, Coimbra, 1979, p. 412-3).

[5] Américo Masset Lacombe, defensor da teoria dualista explicita: "Esta teoria remonta ao direito antigo romano, que estabelecia como elementos da obrigação, além das partes, o *debitum* e a *obligatio*. O *debitum* era conceituado como o objeto da prestação, o que era devido, podendo ser um *dare*, um *facere*, ou um *non facere*. A *obligatio* constrange o devedor a pagar. Enquanto o *debitum* é um elemento não coativo, a *obligatio* é um elemento coativo. Esta distinção desaparece no direito pós-clássico. Modernamente, a teoria dualista reaparece, primeiramente, no direito germânico, que faz a distinção entre Schuld (*debitum*) e Haftung (*obligatio*). A aceitação da estrutura dualista da relação obrigacional no direito germânico deveu-se à pesquisa sobre a *obligatio* romana efetuada por Brinz, que negou à *obligatio* o caráter de dever jurídico, salientando que ela não consistia no dever de realizar uma prestação, mas na responsabilidade em que incorria o sujeito passivo pelo inadimplemento deste dever, que seria o *debitum* (Schuld). Conclui, por conseguinte, a existência de dois elementos: o *debitum* (Schuld) e a *obligatio* (Haftung), que além de surgirem em momentos diversos são substancialmente diferentes. Enquanto o *debitum* (Schuld) surge desde a formação do vínculo obrigacional, a *obligatio* (Haftung) surge no caso de não ser realizada a prestação. Enquanto o *debitum* (Schuld) é um elemento não coativo — sendo o devedor livre para realizar ou não a prestação — a *obligatio* (Haftung) é um elemento coativo, pois caso não seja realizada a prestação pelo devedor, surge para ele a responsabilidade decorrente do inadimplemento. Conclui Brinz que ao lado da *obligatio rei* (a coisa empenhada responde pelo débito) existe a *obligatio personae* (primeiramente o corpo do devedor respondia pela dívida, tendo, mais tarde, a responsabilidade se deslocado para o seu patrimônio), englobadas num único conceito: relação pela qual uma coisa ou uma pessoa é destinada a servir de satisfação ao credor por uma prestação. Assim o elemento responsabilidade (*obligatio*, Haftung) não é eventual nem subordinado ao *debitum* (Schuld), mas pelo contrário, este subordinado àquele" (*Noções de Direito Tributário*, Ed. LTr., 1975, p. 40-1).

[6] O art. 41 da Lei nº 6.380/80, sem que neste parecer eu discuta aspectos de sua duvidosa constitucionalidade, veicula norma processual hospedeira da teoria da impossibilidade temporal, estando assim redigido: "Art. 41 — O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública;

§ 2º Decorrido o prazo máximo de um (1) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos;

§ 3º Encontrados que sejam a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução".

[7] Escrevi sobre o art. 150, inciso IV, que: "O quinto princípio a limitar o poder de tributar é o de vedação de confisco, a que me referi ao analisar o princípio da capacidade contributiva.

Não é fácil definir o que seja confisco, entendendo eu que, sempre que a tributação agregada retire a capacidade de o contribuinte se sustentar e se desenvolver (ganhos para suas necessidades essenciais e ganhos superiores ao atendimento destas necessidades para reinvestimento ou desenvolvimento), estar-se-á perante o confisco.

Na minha especial maneira de ver o confisco, não posso examiná-lo a partir de cada tributo, mas da universalidade de toda a carga tributária incidente sobre um único contribuinte.

Se a soma dos diversos tributos incidentes representa carga que impeça o pagador de tributos de viver e se desenvolver, estar-se-á perante carga geral confiscatória, razão pela qual todo o sistema terá que ser revisto, mas principalmente aquele tributo que, quando criado, ultrapasse o limite da capacidade contributiva do cidadão. Há, pois, um tributo confiscatório e um sistema confisca-

tório decorrencial. A meu ver, a Constituição proibiu a ocorrência dos dois, como proteção ao cidadão.

Uma consideração adicional mister se faz apresentar.

A Constituição Federal garante a propriedade em diversos dispositivos, mas principalmente em dois deles, a saber: no art. 5º, XXII, e no art. 170, II, ambos com a seguinte redação:

"XXII — é garantido o direito de propriedade".

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II — propriedade privada".

Assegura também a Lei Suprema que a propriedade não poderá ser retirada sem justa e prévia indenização, qualquer que seja, mesmo aquela que não cumpra sua função social.

O não cumprimento de sua função social torna a propriedade urbana ou rural sujeita a penalidades, mas não ao confisco.

O confisco, portanto, ultrapassa os limites tributários.

Tributação que atinge a propriedade, inviabilizando a justa indenização, é inadmissível.

Quando presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo representei ao Ministério Público, que encaminhou a argüição de inconstitucionalidade, a partir de estudo elaborado por Henry Tilbery, contra a incidência do imposto sobre a renda nos ganhos de capital nas desapropriações (Decreto-lei nº 1.641/78), com hospedagem da tese pelo Excelso Pretório.

Desta forma, por confisco deve-se entender toda a violação ao direito de propriedade dos bens materiais e imateriais, retirado do indivíduo sem justa e prévia indenização, não podendo a imposição tributária servir de disfarce para não o configurar.

O princípio, portanto, embora colocado no Capítulo do Sistema Tributário — e objetivando atalhar veleidades impositivas descabidas do erário —, transcende o campo específico do direito fiscal. E nesta transcendência compreende-se a expressão 'efeito' de confisco, mais abrangente que a singela vedação do confisco tributário" (*Comentários à Constituição do Brasil,* 6º v., T. I, Saraiva, 1990, p. 161-5).

[8] À evidência, não me refiro às ficções jurídicas, que Gilberto de Ulhoa Canto explica: "Na ficção, para efeitos pragmáticos, a norma atribui a determinado fato, coisa, pessoa ou situação, características ou natureza que no mundo real não existem nem podem existir. Na presunção, a regra é estabelecida dentro dos limites da realidade possível, inferida de fatos semelhantes já ocorridos, e que, portanto, são não só possíveis como até prováveis.

Já se disse que a ficção é uma técnica que procura disciplinar situações novas mediante sua adaptação às instituições vigentes. Mas nem sempre é assim; há muitos casos de ficções legais definindo situações já conhecidas e amplamente reguladas pelo legislador de modo totalmente diverso da sua verdadeira realidade para fins meramente pragmáticos, próprios à operação de conceitos em departamentos particulares do direito positivo.

Diversamente das presunções, as ficções somente podem ser utilizadas pelo legislador. Após a expedição da norma, ainda que ela tenha sido formulada de tal maneira que se evidencie inteiramente divorciada da realidade natural, o que se tem é sempre a lei, com a força e a eficácia que lhe são próprias. Isso não pode acontecer na simples exegese ou aplicação da regra legal, que terá de ser feita sem qualquer alteração" (*Caderno de Pesquisas Tributárias 9,* Ed. Res. Trib., 1991, p. 5-6).

[9] J. M. Othon Sidou escreve: "Cunha Gonçalves confunde caso fortuito, ou força maior, com imprevisão, e no lamentável erro tendem a incidir todos quantos derem pouco apreço ao elemento vontade na formação dos contratos. Diz o mestre lusitano: "Mesmo em tempos normais, entendemos que, para a realização da estrita justiça, nos bastam os preceitos dos arts. 705 e 2.393 (do Código Civil português, de 1867), entendidos de modo hábil e racional, porque esses artigos isentam da responsabilidade os contraentes que faltaram à sua obrigação por caso fortuito ou força maior, para o qual de modo nenhum contribuíram.

Na teoria revisionista não há ausência de participação do obrigado, porque a impossibilidade de executar é resultante de circunstância de que ele participa, e não resultante de um fenômeno de todo exógeno; e não há diligência frustrada de sua parte em cumprir a obrigação. É a diferença entre o poder fazer e o não convir fazer. O contratante pode não estar impossibilitado de cumprir determinada prestação; entretanto, cumprindo-a e continuando a cumpri-la na forma do ajuste, observa simplesmente que estará arrui-

nando seu patrimônio em favor de um lucro excessivo de seu credor, uma vez que está caracterizado um desequilíbrio entre prestação e contraprestação, nunca resultante de um acordo de vontades no ato de contratar.

O fortuito, portanto, pressupõe a impossibilidade absoluta, como expõe doutrinalmente Bonnecase; a imprevisão, a impossibilidade relativa. No fortuito, encara-se o evento que o determinou (circunstância objetiva); na imprevisão, encara-se o *animus* das partes ao momeno da conclusão do ato jurídico (circunstância subjetiva). O fortuito tem latitude ampla e abrange todo o direito das obrigações, assim as que nascem do contrato como do delito, do quase-contrato e do quase-delito; a imprevisão tem esfera restrita aos contratos e pactos. Finalmente, o fortuito justifica a inexecução total da responsabilidade; a imprevisão justifica só um atenuamento da obrigação.

A imprevisão não é a força maior, preleciona Abgar Soriano; desta se aproxima pelo caráter da imprevisibilidade, que é o traço comum, de ligação" (*A Revisão Judicial dos Contratos*, 2. ed., Forense, 1984, p. 107).

[10] Sobre a imunidade tributária ensina Edgard Neves da Silva: "A imunidade insere-se nas vedações constitucionais à competência tributária e conceitua-se, na lapidar lição de Amilcar de Araújo Falcão (*Fator da obrigação tributária*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais), como sendo "uma forma qualificada ou especial de não-incidência, por supressão, na Constituição, da competência impositiva ou do poder de tributar, quando se configuram certos pressupostos, situações ou circunstâncias previstas pelo estatuto Supremo" (p. 117).

A Constituição, e somente ela, pode proibir que certos fatos, vinculados a pessoas ou a bens, possam ser acolhidos pela hipótese de incidência dos impostos e, conseqüentemente, por essa determinação, apesar de iguais àqueles, fiquem dela excluídos, permanecendo, então, obrigatoriamente, dentro do campo de não-incidência.

Ressaltamos as características próprias da imunidade: limitação à competência tributária por determinação exclusiva da Constituição; atinge pessoas ou bens; refere-se tão-somente aos impostos, excluídas, destarte, as demais espécies tributárias.

As imunidades foram criadas estribadas em considerações extrajurídicas, atendendo à orientação do Poder Constituinte em função das idéias políticas vigentes, preservando determinados valores políticos, religiosos, educacionais, sociais, culturais e econômicos, todos eles fundamentais à sociedade brasileira. Dessa forma assegura-se, retirando das mãos do legislador ordinário, a possibilidade de, por meio da exação imposta, atingi-los.

Resguarda o equilíbrio federativo: a liberdade de associação, do livre pensamento, a política, a religiosa, a de expressão, a expansão da cultura, o desenvolvimento econômico, etc., e assim, não se deve considerar a imunidade como um benefício individual, um favor fiscal, uma renúncia à competência tributária ou um privilégio, mas sim uma forma de resguardar os valores da comunidade e do indivíduo.

Ao desenvolver a atividade de interpretação da norma imunizadora, a natureza e finalidades da imunidade são essenciais, de pronto, afastando a interpretação literal própria das isenções, instituto esse que, até há pouco tempo, confundia-se com a imunidade e vice-versa (Walter Barbosa Corrêa, Incidência, não-incidência e isenção, São Paulo, IBDT/Resenha Tributária, p. 137)" (*Curso de direito tributário*, p. 175).

[11] Regis Fernandes de Oliveira escreveu: "Classicamente, o orçamento é uma peça que contém a previsão das receitas e a autorização das despesas, sem preocupação com planos governamentais e com interesses efetivos da população. Era mera peça contábil, de conteúdo financeiro.

Ensina Trotabas que "a noção geral repousa sobre a necessidade de autorização de despesas e das receitas do Estado pelo parlamento". Esclarece Giuliano Forouge que "a evolução das idéias acerca da função do Estado na atividade econômica, singularmente acelerado no correr do século, determinou modificações substanciais no conceito de orçamento. Assim como aquele mudou sua qualidade de expectador, transformando-se em autor do processo vital da nação, assim também o orçamento deixou de ser um mero documento de caráter administrativo e contábil, para assumir a significação de elemento ativo com gravitação primordial sobre as atividades gerais da comunidade. Poderia dizer-se que adquiriu uma condição dinâmica de que antes carecia, pois em sua concepção tradicional o orçamento equilibrado não era forçosamente neutro em suas repercussões sobre a economia, a diferença sedia-se no que o efeito outrora admitido é, agora deliberado, intencional, de modo tal que passou a ser instrumetno mediante o qual o Estado atua sobre a economia.

Daí constituir-se em peça importante no mundo jurídico de hoje, na vida das nações, deixa de ser mero documento financeiro ou contábil, para passar a ser o instrumento de ação do Estado. Através dele é que se fixam

os objetivos a serem atingidos. Por meio dele é que o Estado assume funções reais de intervenção no domínio econômico. Em suma, deixa de ser mero documento estático de previsão de receitas e autorização de despesas, para constituir-se no documento dinâmico solene de atuação do Estado perante a sociedade, nela intervindo e dirigindo seus rumos" (*Manual de Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 67-8).

12 Domingos Franciulli Netto esclarece: "Adote-se ou não essa terminologia, o certo é que as 'disposições transitórias' visam a precipuamente ajustar certos assuntos ou situações à nova ordem constitucional, facilitando, portanto, a passagem de uma a outra situação, sem choques ou colisões. Fazendo parte da Constituição, tais dispositivos gozam, pela sua natureza constitucional, da mesma autoridade que os demais, em face dos poderes e autoridades do Estado e dos cidadãos em geral. Mas, por outro lado, dada a sua missão temporária, de ajustamento de situações, não é possível admitir que, num caso de conflito com dispositivos do corpo da Constituição, possam derrogar a estes" (cf. Postilas de Direito Constitucional, T. III/142, Cooperativa D. Gastão, PUCSP, 1962).

Então, se não é possível, consoante lição desse exímio publicista, a derrogação — e para não enveredar a discussão para a tormentosa questão da inconstitucionalidade intrínseca entre os dispositivos de uma mesma Constituição — a conclusão, a ser submetida à apreciação dos doutos, é a de que, dada a evidente incompatibilidade, a espécie é de mera inaplicação do art. 33 das "Disposições transitórias" de nossa CF aos requisitórios judiciais provenientes de dívida contraída com desapropriações.

Dessa opinião comunga a profa. Maria Garcia, segundo lições por ela proferidas no Curso Des. João Batista de Arruda Sampaio, de formação de candidatos aos concursos de ingresso nas carreiras da Magistratura e do Ministério Público, mantido pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, de cuja coordenadoria didática (não remunerada) tenho a honra de participar ao lado dos preclaros Des. Jorge Celidônio e Hermes Pinotti, aquele aposentado" (*Revista dos Tribunais*, vol. 659, 1990, p. 231).

13 José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4. ed., Almedina, Coimbra, p. 118: "Já houve oportunidade de se afirmar que o sentido útil assinalado ao princípio da unidade da Constituição é o de unidade hierárquico-normativa. Afasta-se qualquer idéia de plenitude lógica do ordenamento constitucional e qualquer idéia valorativo-integracionista, conducente à idéia de constituição como ordem de valores.

O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional). De acordo com esta premissa, só o legislador constituinte tem competência para estabelecer excessões à unidade hierárquico-normativa dos preceitos constitucionais (ex.: normas de revisão concebidas como normas superconstitucionais).

Como se irá ver em sede de interpretação, o princípio da unidade normativa conduz à rejeição de duas teses, ainda hoje muito correntes na doutrina do direito constitucional: a tese das antinomias alternativas; a tese das normas constitucionais inconstitucionais.

Argumentar-se-á que, reduzido o princípio da Constituição a uma simples exigência de unidade normativa, todos os problemas pretendidamente solucionados com o recurso a tal princípio podem ser resolvidos a partir da própria especificidade da positividade normativo-constitucional.

Mas não é assim. Sendo a Constituição uma estrutura de tensão e não se podendo transformar uma lei constitucional em 'código' exaustivo da vida política, o princípio da unidade da Constituição é igualmente um princípio de interpretação: exige tarefa de concordância prática entre normas aparentemente em conflito ou em tensão (ex.: entre princípio democrático e princípio do Estado de Direito); exige tarefa de interpretação conforme a constituição das leis que aplicam ou concretizam as normas constitucionais (cf., no plano jurisdicional, a invocação deste princípio no AC TC nº 31/84, DR, I, 17.4.84)."

14 Otto Bachof, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, Atlântida Ed., p. 39: "Por Constituição em sentido material entende-se em geral o conjunto das normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado. Se se quiser delimitar o conceito não objetiva, mas funcionalmente, então a Constituição em sentido material será 'o sistema daquelas normas que representam componentes essenciais da tentativa jurídico-positiva de realização da tarefa posta ao povo de um Estado de edificar o seu ordenamento integrador'. A questão da relação do conceito mate-

rial de Constituição com o direito supralegal deve por agora deixar-se aqui em suspenso.

Também pode haver direito constitucional material fora do documento constitucional".

15 Gilmar Ferreira Mendes lembra que, no próprio direito alemão, a teoria de Bachof tem restrito campo de atuação: "No Direito alemão, parece não subsistir dúvida quanto à competência do Bundesverfassungsgericht para apreciar a constitucionalidade de eventual reforma, já do ponto de vista estritamente procedimental, já no tocante ao próprio conteúdo do preceito normativo. O princípio insculpido no art. 79, § 3º, da Lei Fundamental, parece autorizar, plenamente, esse entendimento, como demonstra Bachof, com exatidão: 'Isto resulta já do fato de a Lei Fundamental, no art. 79, nº 3, declarar inalteráveis alguns dos seus preceitos. Se porventura, apesar disso, uma semelhante alteração — conscientemente ou mesmo não — intencionalmente, em conseqüência de uma errada avaliação do alcance da norma modificadora ou da declarada como imodificável — fosse aprovada e publicada na forma de uma lei de revisão da Constituição, a norma modificadora reivindicaria para si própria a qualidade de norma constitucional eficaz, e no entanto, simultaneamente medida pela norma da Constituição até aí inalterável, seria inconstitucional. Não vejo nenhuma razão pela qual não devesse poder recorrer-se ao Tribunal Constitucional Federal também num tal caso: de contrário, deixaria de exercer-se uma das suas essenciais funções como guarda da Constituição (...)".

Decisão do Bundesverfassungsgericht, de 1970, não deixa dúvida de que a disposição contida no art. 79, § 3º, da Lei Fundamental, visa a impedir que a ordem constitucional vigente seja destruída, na sua substância ou nos seus fundamentos, mediante a utilização de mecanismos formais, permitindo a posterior legalização de regime totalitário" (*Controle de Constitucionalidade*, Saraiva, 1990, p. 100-1).

16 Celso Ribeiro Bastos lembra: "A previdência social brasileira está em pleno processo de expansão, avançando gradativamente, desde a Constituição de 16 de julho de 1934, ampliando o seu âmbito para atingir a chamada 'segurança social' ou 'seguridade social', atendendo ao princípio da universalidade, ou seja, a abrangência total da nação.

Ressalte-se que os benefícios concedidos colocam a previdência social brasileira em destaque, como um dos sistemas mais avançados, pois, por exemplo, poucos países concedem a aposentadoria exclusivamente por tempo de serviço.

O objetivo, de um modo geral, é assegurar ao trabalhador uma remuneração de acordo com a sua situação de trabalho, sem a respectiva contraprestação laboral, garantindo-lhe meios suficientes de subsistência e à sua família quando, em razão de sua idade ou mesmo da sua condição física, não possua mais as condições mínimas de prestar serviços.

A aposentadoria por invalidez caracteriza-se pela incapacidade permanente do trabalhador para o exercício da atividade laboral, em geral sem a possibilidade de reabilitação para exercer qualquer outra atividade, em razão das suas condições físicas e de saúde.

A aposentadoria por idade tem como fato gerador o decurso de determinado número de anos de vida do trabalhador, quando se prevê que o seu organismo já está cansado e a sua recuperação torna-se mais lenta e difícil.

A aposentadoria por tempo de serviço dá-se em função, nos casos dos trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, de um tempo de filiação previdenciária mínimo, durante trinta anos" (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., Saraiva, 1989, p. 478).

17 O art. 58 da Lei nº 8.212/91 declara que: "Os débitos dos estados, do Distrito Federal e dos municípios para com o Instituto Nacional de Seguro Social (ISS), existentes até 1º de setembro de 1991, *poderão ser liquidados em até 240 (duzentos e quarenta) parcelas mensais.*

Parágrafo único. Para apuração dos débitos será considerado o valor original, atualizado pelo índice oficial utilizado pela Seguridade Social para correção de seus créditos" (grifos meus).

18 Escrevi sobre o art. 167, § 2º, da CF que: "A locução 'nos limites de seus saldos' parece conformar a interpretação de uso imediato dos créditos, com a incorporação do remanescente no próximo orçamento, com o que a vigência se transforma em eficácia para os créditos anteriores e posteriores ao quarto mês antes do encerramento do exercício.

O aspecto que releva, todavia, acentuar, é a necessidade de nova autorização orçamentária para os créditos aprovados nos últimos quatro meses do exercício para que haja seu restabelecimento e possam ser utilizados pelos governos, nos termos constitucionais.

Eu entendo que tal dispositivo fortalece uma das interpretações que ofertei ao parágrafo anterior.

Se há necessidade de nova autorização orçamentária, o que o constituinte está exigindo é uma autorização específica e não genérica, não cabendo, pois, a elástica exegese que admite autorizações genéricas para a concessão de créditos ou despesas extraordinárias ou especiais.

Por esta linha de raciocínio percebe-se que o art. 167 objetiva criar vedações absolutas à capacidade dispenditiva do Estado, razão pela qual é admissível a exegese restritiva e não elástica" (*Comentários à Constituição do Brasil*, 6º vol., Tomo II, Saraiva, 1991, p. 474-375).

[19] Escrevi sobre o § 3º do art. 167 que: "O crédito extraordinário é vedado pela atual Constituição, salvo sua liberação para casos específicos em *numerus clausus*, colocados pelo constituinte.

Só é admitido para atender despesas extraordinárias, que sejam imprevisíveis e urgentes.

O vocábulo 'imprevisíveis' não está sem razão no Texto Constitucional. Imprevisível é o que não se espera, em condições normais. A teoria da imprevisibilidade, no direito privado, é estudada a partir da denominada cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, a partir do momento em que as condições preestabelecidas entre as partes passam a conviver com um fator de desequilíbrio, não previsto pelos contratantes.

A teoria da imprevisibilidade, portanto, no direito privado, é a que permite que soluções excepcionais e extraordinárias sejam encontradas pelas partes ou pelos tribunais para reequilibrar os contratos. Para o direito público, o princípio não é diverso. É imprevisível o que não foi, nem poderia ser previsto na contratação ou na elaboração orçamentária.

O imprevisível, todavia, deve também ser acompanhado do inevitável. Além de imprevisíveis os fatos, os acontecimentos devem ser tidos por inevitáveis pelas partes no direito privado, ou no direito público pelos poderes. O imprevisível e o inevitável, à luz do orçamento aprovado anteriormente, termina por gerar descompasso de execução, preferencialmente, coberto por créditos extraordinários.

No direito público orçamentário, além de imprevisíveis e inevitáveis, as despesas não constantes de projeção orçamentária devem ser urgentes, visto que, se não o forem, podem aguardar o exercício seguinte e a aprovação da lei de meios para o mesmo. Deve-se, pois, entender que o 'urgente' no que concerne ao § 3º é aquela ocorrência em que inútil se torna aguardar o orçamento para o próximo exercício. Em outras palavras, são despesas a serem efetivadas dentro do exercício.

Três são as ocorrências capazes de justificar a abertura de créditos extraordinários.

A primeira diz respeito à guerra, posto que, declarada esta, as despesas decorrentes do esforço nacional para enfrentá-la é de tal ordem que as previsões orçamentárias tornam-se insuficientes. Pode-se, para enfrentá-la, não só instituir empréstimo compulsório, como, pela competência residual da União, criar imposto específico, nos termos dos arts. 154, II, e 148 da Constituição Federal, assim disposto:

'Art. 154. A União poderá instituir:

(...)

II — na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação'.

'Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I — para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II — no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, *b*.

Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.'

Há de se esclarecer que a guerra, modernamente, não é mais declarada, razão pela qual entendo eu que a iminência de guerra ou conflitos com forças de outros países pode justificar a abertura de créditos extraordinários.

O outro acontecimento capaz de gerar a abertura de tais créditos é a calamidade pública. Esta justifica também o empréstimo compulsório a que alude o art. 148 da Constituição Federal. A calamidade pública decorrente dos denominados *acts of God* representa acontecimento em que o Estado é o primeiro responsável em atender, socorrendo os atingidos, razão pela qual as despesas ordinárias são insuficientes para permitir uma ação eficiente. Compreende-se, pois, a exceção constitucional. À evidência, a inflação não é uma calamidade pública, mas apenas fenômeno exteriorizador da incompetência dos governos em administrar a economia.

Por fim, a comoção interna, que abrange a guerra civil, a desordem pública, os atentados ao patrimônio público e privado de forma coletiva, exige um esforço do Poder Público para restabelecimento da ordem, a justificar créditos especiais para atendê-la.

O referencial ao art. 62, que cuida das medidas provisórias, relaciona-se ao caráter de urgência, com o que o Poder Executivo pode abri-los, alargando a lei orçamentária, com o instrumental da medida provisória.

Entendo que estados, Distrito Federal e municípios, se atingidos por um dos três acontecimentos, podem adotar o mesmo critério, exceção feita à medida provisória, por ser esta de competência exclusiva da União e do Presidente da República" (*Comentários à Constituição do Brasil*, 6º vol., ob. cit., p. 376 a 380).

[20] Wolgran Junqueira Ferreira escreve:

"Estabelece este parágrafo as normas atinentes ao pessoal das entidades, da direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou a alteração de estrutura de cargos e carreira, e contratação de pessoal somente poderão ser feitas nas seguintes hipóteses:

I — se houver dotação orçamentária suficiente para atender as projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II — se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

Estes incisos não se aplicam às empresas públicas e às sociedades de economia mista que os constituintes, da mesma forma que o governo, não têm coragem de enfrentar.

Parece-nos que o disposto neste parágrafo único, quando diz que a *admissão a qualquer título de pessoal pelos órgãos e entidades da administração direta*, contraria totalmente o inciso II do art. 37, que diz que *a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.*

Assim, se constitucionalmente o inciso II do art. 37, que trata das Disposições Gerais da Administração Pública, veda implicitamente a contratação quando determina que a investidura seja feita por concurso, e este parágrafo permite a contratação, somos de opinião que deva prevalecer o estatuído pelo inciso II do art. 37, que trata exclusivamente, e em lugar correto, da matéria, e não a prevalência do parágrafo único do art. 169, que faz parte da seção dos orçamentos" (*Comentários à Constituição de 1988*, Ed. Julex, 1989, v. 2, p. 946).

[21] Artigo "Redução de despesas com pessoal na administração pública", *in A economia brasileira e suas perspectivas*, Apecão, 1991, ano XXX.

[22] A independência dos poderes é de tal ordem que nenhuma emenda constitucional pode ser apresentada objetivando alterar seu equilíbrio. O § 4º do art. 60 da CF tem a seguinte dicção: "Art. 60, § 4º — Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I — a forma federativa de Estado; II — o voto direto, secreto, universal e periódico; III — a separação dos Poderes; IV — os direitos e garantias individuais".

[23] O art. 3º tinha a seguinte dicção: "Nenhuma autoridade poderá autorizar pagamentos, decorrentes de decisão judiciária, em desacordo com o estabelecido neste regulamento, sob pena de incorrer nas sanções do art. 315 do Código Penal.

Parágrafo único. A autoridade ou repartição responsável pelo cumprimento da decisão judicial, para cuja execução não haja disponibilidade de recursos orçamentários ou adicionais, se absterá de cumpri-la, disso dando ciência à autoridade judiciária e ao respectivo ministro de Estado ou dirigente superior da entidade, para os fins do disposto no artigo anterior."

[24] Karl Loewenstein, que pretende pulverizar a clássica teoria da separação dos poderes, não apresenta como alternativa senão solução semelhante ao dizer: "Es difícil desalojar un esquema mental que está profundamente enraizado, y el dogma de la separación de poderes es el más sagrado de la teoría y práctica constitucional. El iconoclasta no puede sentirse satisfecho con sólo remover de su pedestal al ídolo de la triple separación del orden del domínio en los 'poderes' legislativo, ejecutivo y judicial; en su lugar estará obligado a colocar otro análisis de la dinámica del poder más de acuerdo con la sociedad pluralista de masas de nuestro siglo. A continuación se expone una nueva divisón tripartida: la decisión política conformadora o fundamental (policy determination); la ejecución de de decisón (policy execution); y el control político (policy control)" (*Teoría de la constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1986, p. 62).

[25] Escrevi artigo sobre a matéria no jornal *O Globo*, em que digo: "Com o devido respeito a todos os juristas que pensam de forma contrária, entendo que o Decreto nº

430/92 não se aplica ao INSS. Os aposentados, em seus pleitos, não estão sujeitos à disciplina jurídica a que se refere o art. 100 da Constituição Federal, cujo *caput* tem a seguinte redação: 'Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela *Fazenda federal, estadual ou municipal,* em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim'" (grifos meus).

Em nenhum momento, fala o constituinte em autarquias, mas apenas em *Fazenda Pública* (federal, estadual e municipal). Ora, o art. 1º do referido decreto dispõe que:

"Art. 1º Os pagamentos devidos pela *Fazenda pública federal, autarquias federais* e fundações públicas criadas ou mantidas pela União serão realizados, exclusivamente, na ordem cronológica da apresentação dos precatórios judiciários e à conta do respectivo crédito" (grifos meus), deixando claro que as autarquias não compõem a Fazenda Pública. Em outras palavras, o art. 1º do Decreto nº 430/92 distingue as *autarquias da Fazenda Pública,* enquanto que o art. 100 da Constituição Federal faz apenas menção à *Fazenda Pública e não às autarquias.*

Como se percebe, o art. 1º do Decreto nº 430/92 foi além do permitido pela Constituição Federal, com o que se criou, ao pretender regular a Lei nº 8.197/91, uma extensão indevida do aético regime dos precatórios para as pensões de natureza alimentícia devidas por autarquias.

Quando digo "aético", digo-o porque a Fazenda Pública paga no ano seguinte o que deve com correção até o dia 1º de julho do ano anterior, com o que paga em moeda desvalorizada, obrigando seus credores, durante anos a fio, a ingressar com novos precatórios para recuperar a correção monetária não saldada pelos precatórios anteriores.

Ora, submeter os critérios de natureza alimentícia, *necessários à sobrevivência,* a tão iníquo regime, é condenar aqueles que necessitam de tais recursos à subnutrição e à subexistência. Por esta razão, houve por bem o constituinte colocar a exceção ao sistema no início do "discurso legislativo" do art. 100, a fim de que ficassem excluídas as pensões de natureza alimentícia da imoral disciplina dos precatórios, de resto, só possível após o trânsito em julgado das decisões, em que o duplo grau de jurisdição é obrigatório.

E neste particular reside um argumento maior a demonstrar que as autarquias estão fora do respectivo regime. É que tanto o extinto Tribunal Federal de Recursos quanto o Supremo Tribunal Federal excluíram, em decisões sumuladas, as autarquias do duplo grau necessário de jurisdição próprio das Fazendas públicas, nas Súmulas n.os 34 e 620.

"Súmula nº 34 — O duplo grau de jurisdição (CPC, art. 475, II) é aplicável quando se trata de sentença proferida contra a União, o estado, e o município, só incidindo, em relação às autarquias, quando estas forem sucumbentes na execução da dívida ativa (CPC, art. 475, III)".

"Súmula nº 620 — A sentença proferida contra autarquias não está sujeita a reexame necessário, salvo quando sucumbente em execução de dívida ativa".

[26] José Afonso da Silva ensina: "Os conflitos de interesses são compostos, solucionados, pelos órgãos do Poder Judiciário com fundamento em ordens gerais e abstratas, que são ordens legais, constantes ora de corpos escritos que são as leis, ora de costumes, ou de simples normas gerais, que devem ser aplicadas por eles, pois está praticamente abandonado o sistema de composição de lides com base em ordem singular erigida especialmente para solucionar determinado conflito.

Divididas as funções da soberania nacional por três Poderes distintos, Legislativo, Executivo e Judiciário, os órgãos deste (juízes e tribunais) devem, evidentemente, decidir atuando o direito objetivo; não podem estabelecer critérios particulares, privados ou próprios, para, de acordo com eles, compor conflitos de interesses, ao distribuírem justiça. Salvo o juízo de eqüidade, excepcionalmente admitido, como referimos ao tratar do mandado de injunção, normalmente o juiz, no Brasil, *pura e simplesmente aplica os critérios que foram editados pelo legislador* (*Curso de Direito Constitucional Positivo,* 5. ed., Ed. Rev. dos Tribunais, 1989, p. 474-5).