

Obrigações de fazer, Direito Financeiro e tutela do meio ambiente

Reflexões e caminhos para efetividade da tutela ambiental e climática

Ruy Marcelo Alencar de Mendonça
Procurador de Contas – MP de Contas/AM
Mestre em Direito Ambiental (UEA)

Problema:

Orçamento

x

controle de política pública

Orçamento público é obstáculo ou instrumento de satisfação de obrigações de fazer (prestacionais) do Estado no controle de políticas públicas (de enfrentamento climático)?

Questões:

1ª) A possibilidade de controle de política pública mediante imposição de obrigação (onerosa) de fazer ao Estado?

2ª) Existe óbice orçamentário na imposição de obrigação de fazer contra o Estado?

3ª) Como conformar a obrigação de fazer imposta com o direito financeiro (orçamentário)?

4ª) É possível o controle judicial (de legitimidade) do ciclo orçamentário como parte/estratégia da tutela ambiental/climática?

Justificativa - objeções:

1ª - Teoria dos custos dos direitos

2ª- Legitimidade política do orçamento de definição das alocações dos gastos e investimentos públicos programados

3ª - Teoria das escolhas (trágicas/disjuntivas) orçamentárias

4ª - Aparente usurpação da função dos Poderes Executivo e Legislativo, de fixarem, planejarem a execução e o custeio das políticas públicas (**argumentos da separação de poderes, discricionariedade administrativa e reserva do possível**);

5ª - Arguição de barreira orçamentária em ações/representações públicas

REFLEXÃO SOBRE ESCOLHAS PÚBLICAS:

Invocar considerações financeiras diante da necessidade de determinada prestação para a manutenção da vida humana pode parecer imoral. Contudo, desconsiderar as limitações de recursos é a verdadeira conduta imoral, já que essa postura não resolve a escassez, apenas renuncia antecipadamente ao esforço que seria exigido para lidar com ela da melhor maneira possível. O compromisso com os direitos fundamentais impõe a busca pelo melhor resultado alcançável, não pelo resultado mais confortável para as pessoas encarregadas de tomar decisões.

Eduardo B. Furtado de Mendonça

apud Luiz Paulo da Silva Araújo Filho. A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais e as políticas públicas. TRF-2

<https://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/livrotuteladireitos2019.pdf>

Questão 1:

O Estado pode sofrer condenação à obrigação (onerosa) de fazer como controle de política pública (judicialmente ou perante os Tribunais de Contas, para o enfrentamento de desastres, defesa do meio ambiente e outros objetos)?

POSITIVO. POSSIBILIDADE JURÍDICA

ORIENTAÇÃO DO STF (Rp. GERAL: TEMAS 220, 698*)

PRECEDENTES DO STJ.

STF. TEMA 220. POSSIBILIDADE

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5.º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

STF. TEMA 698. BALIZAMENTO

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes.
2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado.
3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

STJ. CONTROLE ESTRUTURANTE

Ainda de acordo com a jurisprudência desta Corte, "o controle judicial de políticas públicas é possível, em tese, ainda que **em circunstâncias excepcionais**.

Embora deva ser **observada a primazia do administrador** na sua consecução, a discricionariedade cede às opções antecipadas pelo legislador, que vinculam o executor e autorizam a apreciação judicial de sua implementação. (...) A existência de pedidos diversos e complexos não significa automática pretensão de substituição do administrador. Ao contrário, pressupõe cuidado do autor diante de uma **atuação estruturante**, que impõe também ao Judiciário a condução diferenciada do feito. (...)

Nos processos estruturais, a **pretensão** deve ser considerada como **de alteração do estado de coisas ensejador da violação dos direitos, em vez de se buscar solucionar pontualmente as infringências legais**, cuja judicialização reiterada pode resultar em intervenção até mais grave na discricionariedade administrativa que se pretenderia evitar ao prestigiar as ações individuais" (**REsp 1.733.412/SP**, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/09/2019).

PARÂMETROS DE CONTROLE (síntese):

1. Excepcionalidade ante a ausência ou deficiência grave do serviço (mínimo existencial, vedação à proteção insuficiente)
2. Relevância (direitos fundamentais)
3. Abordagem estruturante (holística) mas sem extremismo, atida a balizas de resultados;
4. Com deferência ao planejamento administrativo e às escolhas discricionárias (legítimas) quanto aos meios (técnicos, financeiros)

ALGUMAS QUESTÕES DO MODELO:

1. Desafio decisório: definição de métricas para determinação dos fins considerando a complexidade das políticas públicas (risco de generalidade decisória);
2. Método de execução da sentença (de adequação do plano determinado vs. dinamismo do ciclo e da avaliação das políticas públicas);
3. Oportunidade de articulação entre Justiça & Tribunal de Contas?

Questão 2:

A obrigação de fazer a ser satisfeita pelo Estado encontra óbice invencível na objeção de orçamento?

Não. É possível a aderência ao orçamento:

- 1) Pode existir verba;
- 2) inexistindo, a rigidez orçamentária não é absoluta, comporta ajuste;

Óbice real: a exaustão financeira insuperável (a prova específica do fato compete ao gestor)

STJ — Prova da real insuficiência financeira:

A consideração de superlotação nas creches e de descumprimento da Lei Orçamentária Municipal deve ser comprovada pelo Município para que seja possível ao órgão julgador proferir decisão equilibrada na busca da conciliação entre o dever de prestar do ente público, suas reais possibilidades e as necessidades, sempre crescentes, da população na demanda por vagas no ensino pré-escolar...No caso específico dos autos, não obstante tenha a municipalidade alegado falta de vagas e aplicação *in totum* dos recursos orçamentários destinados ao ensino fundamental, nada provou; a questão manteve-se no capo das possibilidades.

Resp 510.598/SP, Rel Min. João Otavio de Noronha, 2ª t

STJ – Prova da real insuficiência financeira:

3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade. (...)

10. Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009.

Resp 1.185.474/SC, Rel Min. Humberto Martins, 2ª t

STJ – Tutela por ajuste orçamentário:

- (...)A alegação de ausência de previsão orçamentária não impede que seja julgada procedente ação civil pública que, entre outras medidas, objetive obrigar o Estado a adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária para reformar a referida cadeia pública ou construir nova unidade, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal
- (...)não há como falar em ofensa aos arts. 4º, 6º e 60 da Lei 4.320/1964 (que preveem a necessidade de previsão orçamentária para a realização das obras em apreço), na medida em que a ação civil pública analisada objetiva obrigar o Estado a realizar previsão orçamentária das obras solicitadas, não desconsiderando, portanto, a necessidade de previsão orçamentária das obras.

REsp 1.389.952-MT, rel. Ministro Herman Benjamin

Espaço para crivos, considerando vícios sistêmicos do ciclo orçamentário:

- 1) ausência de planejamento suficiente para cumprir as obrigações constitucionais e legais de fazer;
- 2) execução orçamentária permeada por atos imotivados ou abusivos e
- 3) falta de controle de aderência de procedimentos e resultados com os fins previstos em lei, o que encerra o ciclo de baixa vinculação do gestor ao planejamento por ele formulado.

Élida Graziane

GARANTIA DE ADESÃO ORÇAMENTÁRIA, pela qualificação do gasto e critério das escolhas alocativas:

1) As despesas obrigatórias *ex lege* (LRF, art. 9.º, § 2.º);

2) As despesas prioritárias e fundamentais, por se ligarem a direitos fundamentais (possuem precedência financeiro-orçamentária sobre as demais discricionárias). Ver. CF, art. 165, § 10.

**Doutrina: Teoria do gasto fundamental
(Marcus Abraham - UFRJ)**

Questão 3:

Como viabilizar a eficácia e o cumprimento de obrigação de fazer imposta ao Estado no controle da política pública em harmonia com o direito financeiro?

Por adequação orçamentária (via programações vigentes, créditos adicionais/realocações).

A ADERÊNCIA AO ORÇAMENTO:

1. Suporte por **disponibilidade orçamentária existente** (fundos como o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil - FUNCAP, créditos previstos para a ação/projeto/programa de obras, serviços, de prevenção e enfrentamento a desastres e mudanças climáticas);
2. **Inserção** da autorização da despesa **por ajuste orçamentário** (p/abertura de créditos adicionais e realocações);
3. Apenas **na hipótese de exaustão/impossibilidade financeira comprovada pelo gestor**: previsão da despesa há se feita no orçamento seguinte por analogia ao art. 100 (CF).

AJUSTES ORÇAMENTÁRIOS:

- I) Por **abertura de crédito adicional** (por fato imprevisto, incorreção ou omissão – lei 4320/64, art. 43 c/c CF, art. 167):
 - I.a) **Extraordinário*** (despesas urgentes e imprevisíveis-§3º)
 - I.b) Especial (criação de despesa havendo fonte) ou
 - I.c) Suplementar (reforço de despesa, havendo fonte ou anulando créditos)

- II) Por **realocação** (CF, art. 167, VI, p/necessidade de rever prioridades):
 - II. a) Transposição (mudança de projeto/programa)
 - II. b) Remanejamento (realocação de um órgão a outro)
 - II. c) Transferência de recursos (mudança de categoria econômica da despesa: corrente/de capital)

Crédito extraordinário e TCU:

Consulta. Acórdão 1863/2016 – Pleno: cabimento para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e recuperação dos cenários dos **desastres (rechaçadas as ações preventivas).**

Consulta. Acórdão 2704/2022 – TCU – Pleno.

Abertura de crédito extraordinário. **Condições de relevância, urgência e imprevisibilidade da despesa**, com indicação de que a insuficiência de dotação **possa acarretar a interrupção de despesas primárias obrigatórias da União.**

Obs.: o Crédito Extraordinário não está condicionado à indicação de fonte financeira de compensação (diferentemente de créditos especiais e suplementares)

Crédito extraordinário:

Pode ser custeado por **Reserva de Contingência** que de todo orçamento deve constar.

LRF. Art. 5º, III – (a LOA) conterà reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, destinada ao:

a) (vetado)

b) **atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos.**

Ver ainda Regime Extraordinário Fiscal que vigora no estado de calamidade pública de âmbito nacional: CF, art. 167-B a 167-G (Emenda 109/2021).

Fontes de recursos para financiamento das despesas dos créditos adicionais:

- Reserva de contingência
- Superávit financeiro
- Excesso de arrecadação
- Operações de crédito
- Anulação, total ou parcial, de dotação orçamentária
- Recursos (ativos) sem correspondente orçamentário

CONTROLE DO ORÇAMENTO

PODE SER AUTÔNOMO OU INCIDENTAL AO CONTROLE DE POLÍTICA PÚBLICA

PODE SER PRÉVIO (Formulação) OU CONCOMITANTE (execução e de avaliação orçamentária)

PODE ABRANGER CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ORÇAMENTO - **STF, ADI 4048/DF.**

PODE SER CONTROLE DA EXISTÊNCIA E INSUFICIÊNCIA DE VERBA, ABUSOS DE GASTOS E FALTA DE ADERÊNCIA AO PLANEJADO

- P/CONTINGENCIAMENTOS . Ex. do Fundo Clima, Ver ADPF 708 e LRF. Art. 9º § 2º

PODE TER POR BASE A TEORIA DA LEGITIMIDADE DO GASTO PÚBLICO

CONTROLE DO ORÇAMENTO

STF. ADPF 708

Reconhece a omissão da União, em razão da não alocação integral dos recursos do Fundo Clima referentes a 2019;

(ii) determinar à União que se abstenha de se omitir em fazer funcionar o Fundo Clima ou em destinar seus recursos; e

(iii) vedar o contingenciamento das receitas que integram o Fundo, fixando a seguinte tese de julgamento: "O Poder Executivo tem o dever constitucional de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima, para fins de mitigação das mudanças climáticas, estando vedado seu contingenciamento, em razão do dever constitucional de tutela ao meio ambiente (CF, art. 225), de direitos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (CF, art. 5º, par. 2º), bem como do princípio constitucional da separação dos poderes (CF, art. 2º c/c art. 9º, par. 2º, LRF)".

CONTROLE DO ORÇAMENTO

STF. Tema 818

É compatível com a Constituição Federal controle judicial a tornar obrigatória a observância, tendo em conta recursos orçamentários destinados à saúde, dos percentuais mínimos previstos no artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, considerado período anterior à edição da Lei Complementar nº 141/2012.

TCU – ACÓRDÃO 351/2020 - Pleno:

- Auditoria constatou que a distribuição de recursos e a seleção de projetos para prevenção de desastres naturais não possuem critérios técnicos.
- Destinação de recursos para áreas menos necessitadas, em detrimento de outras mais carentes
- Recursos vão para obras com projetos deficientes porque são liberados sem prévia análise dos projetos e custos envolvidos
- Deficiência de estruturação das defesas civis municipais para atuações preventivas

PAINEL DE RECURSOS - TCU:

Conheça o Painel de Recursos para Gestão de Riscos e de Desastres

Desenvolvido em três fases, o painel possui abas com informações sobre resposta a desastres, recuperação, prevenção, obras, além dos trabalhos desenvolvidos pelo TCU

Por Secom TCU

03/11/2022

Categorias: e Urbanismo.

Conheça o Painel de Recursos para Gestão de Riscos e de Desastres. O espaço traz informações sobre a evolução da execução orçamentária e financeira das ações de defesa civil ao longo dos últimos anos e a distribuição dos recursos para estados e municípios atingidos por desastres.

Desenvolvido em três fases, o painel detalhou, no primeiro momento, os valores empenhados e transferidos da União para estados e municípios. Já na segunda etapa foram incorporados os principais trabalhos do TCU relacionados ao tema. Finalmente, no terceiro momento foram agregadas informações dos repasses da União vinculados às obras de prevenção de desastres.

PAINEL DE RECURSOS - TCU:

tcu.gov.br/Paineis/_Pub/?workspaceId=77067ac5-ed80-45da-a6aa-c3f3fa7388e5&reportId=8c55a931-25b4-4d71-b645-bef3ab8249fc

Gmail YouTube Maps 400 milhões de árv...

TCU Recursos para Gestão de Riscos e Desastres

Painel informativo ?

Introdução

Visão geral

Resposta e recuperação

Prevenção

Trabalhos do TCU

Filtre os dados de interesse:

Limpar filtros

Período dos dados

2019

2023

UF

Todos

Município

Todos

Ação orçamentária

Prevenção

Ações de prevenção: execução de obras e empreendimentos de infraestrutura que objetivam prevenir ou reduzir a ocorrência de desastres.

R\$ 1,22 Bi

Valor total empenhado

Núm. Transferência (Siafi)

Todos

Objeto da Transferência (Obra)

Todos

Situação da Transferência

Todos

R\$ 1,62 Bi

Valor total pago/transferido

Visuais Tabela

Empenhado por modalidade de aplicação

Transferências a Estados, Municípios e ao DF

R\$ 1,21 Bi

Recursos da União enviados para Estados e Municípios



Recursos da União enviados diretamente para Municípios



Empenhado por órgão máximo executor

Introdução

Visão geral

Resposta e recuperação

Prevenção

Trabalhos do TCU



Obrigado!

ruy-marcelo@hotmail.com

ruy.marcelo@tce.am.gov.br