



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 6753 - PGR - RG

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 18

<i>REQUERENTE</i>	<i>: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AGENTES DE SEGURANÇA DO PODER JUDICIÁRIO – AGEPOLJUS</i>
<i>REQUERIDA</i>	<i>: PRESIDENTA DA REPÚBLICA</i>
<i>REQUERIDO</i>	<i>: CONGRESSO NACIONAL</i>
<i>RELATOR</i>	<i>: MINISTRO JOAQUIM BARBOSA</i>

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Proposta orçamentária do Poder Judiciário não incluída na consolidação realizada pelo Executivo e encaminhada ao Legislativo. Lei orçamentária anual já publicada e em curso. Hipótese de inconstitucionalidade por comissão. Fungibilidade que se admite. Ofensa à autonomia do Judiciário e ao devido processo legislativo. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, com exortação da Presidente da República em relação à proposta orçamentária de 2013. Parecer pelo conhecimento da ação e pela procedência do pedido nos termos acima indicados.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com pedido de medida liminar, em que se aponta falha no dever de legislar atribuída à Presidenta da República e ao Congresso Nacional,

verificada no processo legislativo referente ao Projeto de Lei Orçamentária 28/2011, relativo ao exercício financeiro de 2012.

2. A requerente informa que a proposta orçamentária encaminhada pelo Poder Judiciário para o exercício de 2012, por intermédio da Mensagem 58, de 4 de agosto de 2011, não foi contemplada na consolidação enviada ao Congresso Nacional.

3. Argumenta que o Poder Executivo, assim agindo, afronta a autonomia orçamentária, administrativa e financeira do Poder Judiciário. Ressalta que atitude desse naipe somente poderia ocorrer nas hipóteses de: (i) o Judiciário deixar de remeter, em tempo hábil, a proposta respectiva; (ii) esta não se enquadrar nos limites fixados conjuntamente com os demais Poderes na Lei de Diretrizes Orçamentárias; e (iii) ferir-se a Lei de Responsabilidade Fiscal.

4. Pede, além de pronunciamento que determine correção de rumos à Presidência, que o Congresso Nacional aprecie o projeto da LOA de 2012 nos termos da proposta encaminhada pelo Chefe do Poder Judiciário, sem modificações.

5. A Presidência da República prestou informações. Nega que tenha havido omissão, visto que o projeto de lei foi encaminhado dentro do prazo fixado no art. 35, § 2º, III, do ADCT, e, em seguida, foram enviadas, na Mensagem 355/2011, para apreciação do Congresso Nacional, as propostas formuladas pelo Poder Judiciário e Ministério Público da União.

6. A Advocacia Geral da União suscita preliminares em que aponta vício no instrumento de mandato outorgado aos representantes processuais da requerente, assim como indica a ausência de pertinência

temática entre os objetivos da entidade e o objeto da ação direta. No mérito, defende a constitucionalidade da conduta da Chefe do Poder Executivo.

7. É o relatório.

8. Em petição de 14/11/2011, a requerente junta instrumento de mandato contendo explícita descrição dos poderes outorgados, consignando que abarcam “...o fim especial [de] ajuizar ação direta de inconstitucionalidade por omissão em face da omissão da Presidência da República em remeter ao Congresso Nacional a proposta orçamentária do Poder Judiciário da União para o exercício de 2012...”.

9. Está superado, portanto, o primeiro óbice ao conhecimento da ação, apontado pela AGU.

10. Resta examinar a pertinência temática dos fins institucionais da requerente com o objeto da ação.

11. Apesar da resistência de parte expressiva da doutrina – que identifica na exigência indevido cruzamento com o processo judicial clássico, de caráter subjetivo – o requisito está pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

12. Por ocasião do julgamento da medida cautelar na ADI 305, quando ainda se iniciavam as reflexões da Corte sobre a "pertinência temática", o Ministro Sepúlveda Pertence disse que fazia uso de tal terminologia por não identificá-la com a legitimação para a causa. Entendia apenas não ser possível "*absoluto alheamento entre a temática da ação direta e a finalidade institucional da associação*".

13. O requisito, de resto, deve ser analisado no contexto de uma jurisdição constitucional democrática, comprometida com a afirmação dos direitos fundamentais. Assim, a pertinência temática, para que não se ponha em rota de colisão com essa ideia-força, deve ser entendida como devida restrição a provocações que venham formuladas por agentes incapazes de promover discussão séria, profunda e abalizada, por ausência de qualquer intimidade institucional com a questão constitucional suscitada.

14. A Associação Nacional dos Agentes de Segurança do Poder Judiciário da União está habilitada a promover o controle concentrado de constitucionalidade proposto, na medida em que os seus filiados são integrantes do Judiciário, e, como tal, não podem ser tidos como alheios ao debate relativo à autonomia orçamentária e financeira desse Poder.

15. Há, por fim, uma última questão, relativa à aptidão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão no presente caso.

16. O projeto de lei objeto de alegada omissão foi aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pela Presidenta da República. Veio então a promulgação e publicação da Lei 12.595, de 19 de janeiro de 2012, diploma que estima a receita e fixa a despesa da União para esse exercício financeiro.

17. O fato de referida lei não contemplar a proposta orçamentária do Judiciário aproxima-se mais da inconstitucionalidade por ação – seja por ofensa ao devido processo legislativo, seja por violação à autonomia financeira e orçamentária desse Poder – do que da inconstitucionalidade por omissão.

18. Não obstante ambas as modalidades de ação direta não se confundirem, uma distinção clara entre elas não está livre de dificuldades. Por ocasião da ADI 875/DF, Gilmar Mendes observou:

“Destarte, decorrido algum tempo da promulgação da Constituição, não se logrará identificar, com a ressalva de uma ou de outra exceção, uma omissão pura do legislador. O atendimento insatisfatório ou incompleto de exigência constitucional de legislar configura, sem dúvida, afronta à Constituição. A afirmação de que o legislador não cumpriu, integralmente, dever constitucional de legislar contém, implícita, uma censura da própria normação positiva.”

19. E concluiu:

“Tem-se, pois, aqui, uma relativa, mas inequívoca, fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade (da lei ou ato normativo) e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que os dois processos – o de controle de normas e o de controle da omissão – acabam por ter o mesmo objeto, formal e substancialmente, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude”.

20. É certo, como se defenderá ao final, que a declaração de nulidade da norma não será a solução possível. Todavia, mais uma vez recorrendo a Gilmar Mendes na ADI referida, *“a questão fundamental reside menos na escolha de um processo especial do que na adoção de uma técnica de decisão apropriada para superar as situações inconstitucionais propiciadas pela chamada omissão legislativa”*.

21. Cabe ainda registrar que, desde a ADI-MC 4.048, o Supremo Tribunal Federal assentou que, qualquer que seja a natureza da

lei, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto, a ação direta de inconstitucionalidade é meio apto para discuti-la. Superou-se, assim, entendimento anterior, segundo o qual a lei orçamentária, por ser norma de efeito concreto, carente da necessária generalidade e abstração, não seria passível de exame no controle concentrado de constitucionalidade.

22. De resto, como ao final se concluiu na ADI 875, "*em nosso sistema abstrato de controle de constitucionalidade, deve existir uma natural fungibilidade entre os diversos tipos de ação*".

23. É possível, portanto, avançar no exame do mérito.

24. O princípio da separação dos Poderes é um princípio constitucional concreto, o que significa que a sua configuração depende de cada ordenamento jurídico em particular.

25. Há, no entanto, um núcleo intangível, que é aquele relativo à independência orgânica entre os Poderes, o que significa dizer que não é possível relação de subordinação ou dependência no que tange ao exercício de suas funções.

26. A Constituição da República, atenta a essas duas perspectivas, estabelece a autonomia orçamentária e financeira do Poder Judiciário em seu art. 99, densificada no § 1º :

"Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

§ 1º Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias."

27. As restrições a tal prerrogativa estão limitadas a apenas

duas hipóteses:

"§ 3º Se os órgãos referidos no § 2º [no âmbito da União, os Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores] não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 1º deste artigo.

§ 4º Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do § 1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual."

28. Essa novidade que veio com a Constituição de 1988 foi recebida entusiasmadamente pelos operadores do Direito. Wilson Darós explica por que:

"Embora o Judiciário brasileiro tenha sido erigido em poder desde a Constituição Imperial, assegurada a sua autonomia administrativa institucional e funcional, faltava-lhe um predicado para exercer com melhor propriedade sua atividade fim, que é a prestação jurisdicional: trata-se da autonomia financeira e orçamentária.

(...)

Essa luta teve final feliz uma vez que a Assembleia Nacional Constituinte inseriu no texto da nova Carta, a chamada Constituição cidadã, um dispositivo específico, atribuindo ao Judiciário a autonomia financeira."

29. O autor faz referência, ainda, a artigo do então Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, do Superior Tribunal de Justiça, publicado

logo após a promulgação da atual Constituição, do qual se destaca:

"A Constituição anterior ensejou a hipertrofia do Poder Executivo, atingindo seriamente o princípio da independência e harmonia dos Poderes por ela própria adotada. O Legislativo foi convertido em mero órgão de homologação da legislação editada pelo Executivo, através de decretos-leis, e o Judiciário não pôde acompanhar o desenvolvimento do País, porque sempre estava a depender do Executivo para a inclusão no Orçamento das verbas do seu interesse e da sua posterior liberação, o que ocorria, em regra, de maneira parcimoniosa: os recursos eram insuficientes para atender às suas reais necessidades. Os Presidentes dos Tribunais ficavam sempre a depender da boa vontade das chefias dos órgãos fazendários e do planejamento, situando-se em posição aviltante em termos de relacionamento dos Poderes."

30. Portanto, na atualidade, a autonomia orçamentária e financeira dos três Poderes e do Ministério Público é um dos arranjos constitucionais que realiza, positivamente, o nosso modelo de separação de Poderes.

31. Disso decorre não ser possível qualquer interpretação que relativize tal autonomia orçamentária e financeira, sob pena de se atingir o núcleo essencial do princípio da separação de Poderes posto pela Constituição brasileira.

32. Portanto, uma composição entre esse princípio e as prescrições constitucionais sobre a elaboração da lei orçamentária anual conduz à necessária conclusão de que, anualmente e com base nos parâmetros fixados na LDO, os Poderes e o MP devem elaborar conjuntamente uma proposta orçamentária global, que é encaminhada

pelo Executivo ao Legislativo, na forma de projeto de lei.

33. José Maurício Conti, a respeito do tema, leciona:

"A Constituição prevê a iniciativa privativa da lei orçamentária para o Presidente da República (esfera federal), nos termos do art. 165, III. No entanto, a autonomia financeira, que dá aos tribunais competência para elaboração e encaminhamento da proposta orçamentária (art. 99, §§ 1º e 2º), torna necessária uma análise sistemática do texto constitucional que compatibilize os mencionados dispositivos, a fim de que se possa concluir qual é o procedimento a ser adotado no encaminhamento da proposta orçamentária do Poder Judiciário.

O STF já tem se manifestado sobre questão diretamente relacionada ao tema em discussão, que traz subsídios importantes para a compreensão e a solução do problema posto.

Trata-se da possibilidade ou não de alteração, pelo Poder Executivo, da proposta elaborada pelos tribunais, quando essa lhe é encaminhada para inclusão no projeto final de lei orçamentária. E decidiu que:

[...] o Poder Executivo não dispõe de competência institucional para introduzir cortes unilaterais na proposta orçamentária que lhe foi encaminhada pelos Tribunais, eis que, nesse tema, o único árbitro da questão é o Poder Legislativo, a quem incumbe, constitucionalmente, a apreciação final do projeto de lei orçamentária.

Tal decisão ajusta-se perfeitamente ao ordenamento jurídico em vigor, deixando claro que cabe ao Poder Legislativo a decisão final sobre as receitas e as despesas em matéria orçamentária. Esta é a interpretação consoante o texto constitucional, não sendo facultado ao Poder Executivo, por conseguinte, alterar a proposta orçamentária encaminhada pelo Poder Judiciário. Tal ato importa em violação à Constituição, por afronta à autonomia financeira do Poder Judiciário, nos termos do art. 99, §§ 1º e 2º."

34. Assim, na fase da consolidação da proposta orçamentária

anual, cabe ao Chefe do Poder Executivo, em relação ao Judiciário, apenas duas possibilidades: (i) na hipótese de não encaminhamento da respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, considerará os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites constantes da LDO; e (ii) se a proposta estiver em desacordo com os limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes e com o MP na lei de diretrizes orçamentárias, procederá aos devidos ajustes.

35. Pois bem, no caso presente, a Presidenta da República, por meio da Mensagem Presidencial nº 354/2011, encaminhou ao Congresso Nacional o projeto de lei orçamentária anual da União para o ano de 2012. Posteriormente, através da Mensagem nº 355/ 2011, esclareceu:

"Venho dar conhecimento às Vossas Excelências que o Poder Judiciário e Ministério Público Federal encaminharam ao Poder Executivo proposta de elevação de salários do seu funcionalismo com impacto total de R\$ 7,7 bilhões em 2012. Essas propostas estão anexas e não puderam ser contempladas no projeto de lei que "Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2012".

2. As propostas, que ora remeto, não foram incluídas na peça orçamentária de 2012, em primeiro lugar, em função de um quadro de incerteza econômica mundial, onde é indispensável que o Brasil mantenha uma realidade fiscal responsável que lhe permita lidar com sucesso com eventuais situações de crise.

3. Há possibilidade de agravamento na situação econômica internacional em 2012, com risco de recessão em economias avançadas e forte volatilidade nos preços dos ativos financeiros. Várias economias enfrentam problemas justamente por sua situação fiscal, com alto endividamento e déficit públicos.

4. Nesse cenário, é importante que o Brasil mantenha sua trajetória de equilíbrio fiscal, com geração de resultados primários compatíveis com a redução da dívida pública em relação ao PIB, bem como com o controle da inflação e o estímulo ao investimento e ao emprego. Um aumento excessivo na despesa primária do governo central traria insegurança e incerteza sobre a evolução da economia brasileira em um contexto internacional já adverso.

5. É necessário que este esforço seja compartilhado por todos os poderes da República. Cabe ressaltar que o Poder Executivo já adota uma política de moderação no crescimento de suas despesas de pessoal, de modo a privilegiar a execução de investimentos e de programas sociais em seu orçamento. A inclusão de propostas grandes de reestruturação para o funcionalismo federal, prejudicaria a efetiva implementação de políticas públicas essenciais como as da saúde, educação e redução da miséria.

Todavia, em respeito ao princípio republicano da separação dos Poderes e cumprindo dever constitucional, submeto à elevada apreciação desse Congresso Nacional as proposições anexas.”

36. Parece fora de dúvida que o procedimento adotado está em desconformidade com o tratamento que a Constituição confere ao tema, acima enunciado.

37. Primeiro, não há qualquer indicativo de que as propostas orçamentárias do Poder Judiciário tenham sido encaminhadas a destempo, o que autorizaria o Executivo a se valer dos valores previstos na lei orçamentária de 2011.

38. Segundo, não há referência a inobservância dos limites acordados na LDO. A Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, analisando a proposta encaminhada

pela Mensagem 344/2011, observou em relação ao item “gastos com pessoal e encargos sociais”:

"as despesas com pessoal e encargos sociais atingem o valor de R\$ 203,24 bilhões em 2012, o que representa um crescimento nominal de 1,75% em relação ao valor autorizado para 2011. Conforme a Mensagem, esse valor corresponde a 32,85% da receita corrente líquida prevista para 2012, situando-se, portanto, aquém do limite máximo previsto na LRF, que é de 50%. Cumpre destacar a redução dessa despesa em termos de percentual do PIB, caindo de 4,41% do PIB na projeção de 2011 para 4,15% em 2012 (vide Tabela 3).

Por exigência da Constituição Federal e da LDO, o Poder Executivo apresenta o Anexo V, que discrimina a autorização para os aumentos e alterações na legislação de pessoal no decorrer de 2012, resultando em um montante adicional de R\$ 3,6 bilhões nas despesas com pessoal (R\$ 6,4 bilhões anualizados)."

39. Tem-se, portanto, que, para “gastos com pessoal e encargos sociais”, o limite da LDO é o mesmo da Lei de Responsabilidade Fiscal, ou seja, 50% da receita corrente líquida prevista para 2012. Considerando que os R\$ 203,24 bilhões correspondem a 32,85%, 50% atingiria R\$ 309,34 bilhões. Considerando, ainda, que o anexo V prevê uma despesa de 6,4 bilhões anualizados para despesas decorrentes de criação de novos cargos, empregos e funções, alteração de estrutura de carreiras e aumento de remuneração, o total da despesa prevista para “gastos com pessoal e encargos sociais”, para 2012, atinge R\$ 209,64 bilhões (203,24 bi + 6,4 bi).

40. De acordo com a Mensagem 355, o impacto total das propostas do Judiciário e do MPU com a elevação de salário de seu

funcionalismo é de 7,7 bilhões. Se somados aos R\$ 209,64 bilhões (total da despesa prevista para “gastos com pessoal e encargos sociais” para 2012), o resultado será R\$ 217,34 bilhões, montante ainda bastante inferior aos R\$ 309,34 bilhões autorizados pela LRF.

41. Portanto, como as propostas do Judiciário e do MPU não foram extemporâneas e tampouco desconformes com os limites da LDO, cabia ao Executivo apenas incorporá-las e fazer a consolidação da proposta orçamentária anual.

42. Os argumentos apresentados na Mensagem 355, por mais louváveis que sejam, não legitimam a atitude tomada, de não incorporar essas propostas e apresentá-las separadamente. Isso porque a autonomia orçamentária significa exatamente a existência de fontes de receita que não dependam da avaliação do Executivo, mas apenas e tão-somente dos limites fixados em lei. Do contrário, estar-se-á diante do cenário preexistente à Constituição de 1988, em que o Judiciário e o MPU estavam a depender do Executivo para a inclusão, no Orçamento, das verbas de seus interesses.

43. De mais a mais, é curiosa a exortação de que todos os Poderes da República compartilhem o esforço de manter o Brasil em sua trajetória de equilíbrio fiscal, controle da inflação e estímulo ao investimento e ao emprego, mediante uma política de moderação no crescimento das despesas de pessoal.

44. Conforme já ressaltado, o anexo V da Lei 12.595 prevê, no item II pertinente a “alteração de estrutura de carreiras e aumento de remuneração”, um único caso: PL 2.203, de 2011 – reestruturação da remuneração de cargos, funções e carreiras no âmbito do Poder

Executivo. A despesa anualizada é de R\$ 2.717.768.491. Por que só o Executivo pode?

45. Enfim, o vício de origem no encaminhamento da proposta orçamentária da União, apresentando separadamente aquelas provenientes do Judiciário e do MPU, teve repercussões perversas no Legislativo. O relatório final da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional consigna que “o Poder Executivo, nos termos da Mensagem nº 355/2011, de 02.09.2011 encaminhou os pleitos do Poder Judiciário e do MPU, os quais, todavia, não apontaram os recursos necessários para fazer frente às novas despesas”.

46. Há, na assertiva, alguns equívocos: (i) não cabe ao Judiciário e ao MPU apresentar os recursos necessários para fazer face às despesas pretendidas, uma vez que quem detém essa informação é exclusivamente o Executivo; (ii) se as propostas do Judiciário e do MPU estivessem sido incorporadas à proposta orçamentária da União, seria possível ao Legislativo verificar a sua viabilidade, à vista da receita prevista; e (iii) os gastos pretendidos pelo Judiciário e pelo MPU estavam de acordo com o montante previsto pela LDO e pela LRF.

47. Portanto, não obstante esteja sob o domínio do Legislativo a aprovação da lei orçamentária anual, é preciso que o seu poder se exerça sobre uma proposta hígida, o que não ocorreu nessa hipótese.

48. Procedente o pedido, resta agora selecionar a modalidade de decisão que tenha aptidão a fazer cessar o quadro de inconstitucionalidade.

49. Há hipóteses em que a invalidação imediata do ato normativo gera o surgimento de “lacuna jurídica perigosa”, pelos danos extremamente significativos que causa ao Estado e à sociedade. A solução mais apropriada, nessa circunstância, é que a Corte Constitucional se abstenha de afastar imediatamente a norma impugnada, instando os órgãos competentes à edição de novo ato normativo sem o vício identificado.

50. Tal possibilidade tem lastro no art. 27 da Lei 9.868/99 e em vários precedentes do STF. São exemplos a invalidação de lei estadual que criou novo município sem observância dos requisitos constitucionais pertinentes; a declaração de inconstitucionalidade dos critérios adotados para a partilha de recursos do Fundo de Participação dos Estados (FPE) na arrecadação de impostos federais; e a invalidação de norma que fixou o número de vereadores municipais em contrariedade à Constituição.

51. É o que também ocorre com a Lei 12.595/2012, ora impugnada. Sendo o orçamento matéria submetida necessariamente à lei, a pronúncia de nulidade daquele diploma imobilizaria completamente o Estado brasileiro, já que toda e qualquer atividade está, direta ou indiretamente, sujeita à alocação de recursos previamente autorizados na lei orçamentária.

52. Por outro lado, a jurisdição constitucional, em face da complexidade de situações com que se defronta, tem que se valer de técnicas decisórias pouco usuais. Uma delas envolve a exortação ao legislador ou ao administrador para que produza ato normativo adequado.

53. Essa hipótese está expressamente contemplada no art. 103, § 2º, da CR, e a exortação ao responsável pela edição do ato é uma técnica também utilizada para aquelas situações em que a norma, embora ainda válida, esteja em vias de se tornar inconstitucional, por força de mutação constitucional ou de alterações significativas no plano da realidade. A despeito de a Corte declarar ainda a sua constitucionalidade, conclama o responsável a produzir norma mais adequada às mudanças ocorridas. Foi o que ocorreu, por exemplo, nas ADIs 875 e 2.240.

54. Tais decisões são chamadas de “sentenças aditivas de princípio” ou “sentenças-delegação”, frequentes, em especial, na Corte Constitucional Italiana.

55. O que se propõe, portanto, no presente parecer, é exortar a Presidenta da República a incorporar, na proposta orçamentária de 2013, as propostas do Judiciário e do MPU, salvo se ocorrente quaisquer das hipóteses previstas nos §§ 3º e 4º do art. 99 da CR. A solução é a que melhor se amolda ao princípio da legalidade do orçamento, além de sinalizar uma perspectiva que põe ênfase na tarefa coletiva de zelar pela Constituição.

Ante o exposto, o parecer é pelo conhecimento da ação, e, no mérito, pela procedência do pedido, nos termos acima indicados.

Brasília, 19 de abril de 2012.

DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
VICE-PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

APROVO:

ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS

PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA