— Em caso de exaustão da capacidade orçamentária deve a Administração Pública demonstrar, perante o Supremo Tribunal Federal, a impossibilidade do cumprimento de decisão judicial condenatória.

PARECER

Conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas. O princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública.

O ilustre Doutor Gilmar Ferreira Mendes encaminhou-me a seguinte CONSULTA:

1. *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 (C.F., art. 167, II). A desobediência a qualquer dessas duas limitações (despender sem autorização ou além da autorização) constitui crime de responsabilidade (C.F., art. 85, VI).

2. 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 (C.F., art. 165).

3. Mas é a própria Constituição que estabelece, ou determina que a lei o faça, 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 (C.F., 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, parágrafo 5º).

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

5. O mesmo princípio do precatório (C.F., 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.

6. 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.

7. 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*).

8. Quanto aos primeiros, retroativos, incide a norma do precatório, isto é, o pagamento das importâncias devidas anteriormente ao trânsito em julgado da sentença deve ser objeto de precatório. Já os devidos a partir da data da decisão trânsita são pagos desde então, porque correspondem ao direito reconhecido ou declarado pelo Poder Judiciário.

9. Todavia, mesmo que respeitada a sistemática do precatório e mesmo, ainda, que desconsideradas as hipóteses de medidas satisfativas, ainda assim, poderá a Administração defrontar o problema da exaustão orçamentária, que pode ocorrer de duas circunstâncias: (a) a realização insuficiente da receita *prevista* e (b) a superação do valor da despesa *autorizada.*

10. É de se ver que nem sempre poderá o Administrador recorrer ao 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. C.F., art. 167, parágrafos 2º e 3º).

11. 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 (C.F., art. 165, parágrafos 5º e 7º).

12. 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:

1. O art. 167, II, da Constituição proíbe a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. Já o 195, parágrafo 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 parágrafo 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) 1º quesito — Sendo assim, quando o parágrafo 5º do art. 195 da C.F. 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) 2º quesito — 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 decorrer do cancelamento ou anulação de outro crédito ou basear-se em previsão ou constatação de aumento da receita prevista.

2. No caso de mandados de segurança coletivos e, notadamente, no de ações civis públicas, as eventuais sentenças condenatórias alcançarão um amplíssimo universo de benefi-

ciários, 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 C.F. 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 parágrafo 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 (C.F., 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.

c) 3º quesito — Nesse caso, como conciliar os princípios constitucionais atinentes ao cumprimento da decisão judicial e à execução orçamentária, considerando-se que o aumento dos créditos orçamentários depende de deliberação do Poder Legislativo, mediante a comprovação da existência de recurso (C.F., art. 167, V)"?

PARECER

01. — O tratamento da matéria atinente ao terceiro quesito proposto na consulta reclama a ponderação de subsídios da teoria geral do direito, matéria na qual, em regra, não são bem versados os práticos do direito.

Os dois primeiros quesitos, esses são fácil e fluentemente solucionados.

02. — Indaga o consulente, no primeiro, se o parágrafo 5º do artigo 195 da Constituição de 1988 ..."Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, *majorado* ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total" (grifei)... proíbe aumentos *reais e niminais* ou apenas aumentos *reais*.

O que a regra constitucional proíbe... e isso me parece evidente... são apenas os aumentos reais.

Aumentos *nominais* decorrem, no caso, da atualização monetária do benefício ou serviço da seguridade social. Essa atualização é operada através da técnica da correção monetária, técnica que permite se traduza, em termos de idêntico poder aquisitivo, quantias ou valores que fixados *pro tempore* apresentam-se em moeda sujeita a desvalorização.[1] À atualização monetária desses benefícios e serviços não correspondem aumentos efetivos (*reais*) deles. Apenas se poderia cogitar de aumentos reais, no caso, quando e se os benefícios e serviços sofressem majorações além do montante de inflação medido em determinado período.

Assim, tenho que a majoração *nominal*, que não importe aumento real dos benefícios e serviços da seguridade social, não está abrangida pela regra inscrita no parágrafo 5º do artigo 195 da Constituição de 1988; aumentos *nominais* não consubstanciam *majoração* de tais benefícios e serviços, porém ...e tão-somente ...atualização de seu referencial monetário.

03. — Já no segundo quesito indaga o consulente como conciliar a possibilidade do *aumento nominal* do benefício, sem a possibilidade de elevar o valor nominal do crédito orçamentário.

A elevação do valor nominal do crédito orçamentário se dá mediante a obtenção de autorização legislativa para a abertura de *créditos adicionais, suplementares* (artigo 166, *caput*, observado o disposto no artigo 167, V da Constituição de 1988), com aproveitamento de recursos provindos do *superavit* financeiro do exercício anterior, do excesso de arrecadação, da anulação total ou parcial de dotações orçamentárias ou de créditos adicionais autorizados em lei, do produto de operações de crédito.

04. — Tudo se torna complexo e delicado, contudo, quando, compelida por decisão judicial a efetuar determinados pagamentos (que não sejam expressivos de aumento real, mas apenas nominal, de benefício ou serviço da seguridade social, pois precisamente sobre isso versa a consulta), a Administração não dispõe de "capacidade orçamentária" para efetuá-los, apesar de tê-la pretendido ampliar mediante a obtenção de autorização legislativa para tanto; considere-se a possibilidade, real e efetiva,

de o Poder Legislativo ter recusado essa autorização. Aí, neste caso, há disponibilidade de *caixa* para os pagamentos, ausente porém a "*capacidade orçamentária*".

Neste caso, antepõem-se à ação da Administração os seguintes preceitos, na Constituição de 1988:

(a) artigo 167, II — nada pode ser pago sem autorização orçamentária, nem além dos valores orçamentariamente limitados;

(b) artigo 85, VI — a desobediência de qualquer desss duas limitações (despender *sem* autorização ou *além* da autorização) constitui crime de responsabilidade;

(c) artigo 166 — a abertura de créditos adicionais depende de autorização legislativa;

(d) artigo 167, V — é vedada a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;

(e) artigo 167, VI — é vedada 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;

(f) artigo 169 (e artigo 38 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) — a despesa com pessoal ativo e inativo da União não pode exceder sessenta e cinco por cento do valor das receitas correntes.

Note-se bem que não cogito, aqui, de situação de "exaustão da capacidade orçamentária" — da qual adiante tratarei — porém de situação de inexistência de recursos suficientes para o cumprimento de decisões do Poder Judiciário *nos termos da normatividade constitucional*. Aqui, embora pudesse a Administração adquirir recursos suficientes para efetuar os pagamentos a que foi judicialmente condenada, não obtém do Poder Legislativo autorização para isso.

Manifesta-se, nesta situação, conflito entre princípios: o princípio da legalidade da despesa pública e o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário entram em testilhas.

Essa verificação reclama o desenvolvimento de digressão a propósito dos princípios e das regras jurídicas.

05. Define-se o direito, enquanto sistema, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais.[2]

Detive-me longamente, em outra ocasião,[3] sobre o tema dos princípios.

Para que deles possamos fluentemente cogitar, uma primeira precisão deve ser definida. É que o vocábulo *princípio* é polissêmico e conota tanto os *princípios positivos de cada direito que se tome sob consideração*[4] quanto *princípios não expressamente enunciados em normas jurídicas explícitas*, mas que, não obstante, são inúmeras vezes tomados de modo decisivo pelo aplicador do direito ou pelo intérprete na e para a definição de determinadas soluções e decisões jurídicas. Cuida-se, aqui, de princípios *descobertos* no bojo de cada direito, princípios que, mercê de sua consideração decisiva para aquela definição, são "positivados".

Refiro-me a princípios que em cada ordenamento jurídico subjazem. Princípios — princípios gerais *do direito* (isto é, *de um determinado direito*) — que, embora não enunciados em norma explícita, em cada ordenamento estão contemplados, em estado de latência.

Isso não significa que cada ordenamento jurídico contemple *todos* os princípios gerais do direito. Um certo ordenamento jurídico contemplará um determinado elenco deles; em outro, diverso e distinto elenco de princípios gerais estará contemplado.[5]

Tais princípios, em estado de latência existentes sob cada ordenamento, isto é, sob cada *direito posto*, repousam no *direito pressuposto* que a ele corresponda.[6] Neste *direito pressuposto* os encontramos ou não os encontramos; de lá os resgatamos, se nele preexistirem. Por certo há princípios de épocas históricas, princípios que se reproduzem de modo razoavelmente uniforme em múltiplos direitos pressupostos. Isso não invalida contudo a verificação de que mesmo esses *princípios históricos* se manifestam — ou não se manifestam — nos *direitos pressupostos* que a cada *direito positivo (direito posto)* correspondam.

06. — Cumpre que se faça distinção, pois, entre os princípios positivados pelo *direito posto* (direito positivo) e aqueles que, embora nele não expressamente enunciados, existem, em estado de latência, sob o ordenamento positivo, no *direito pressuposto*.

Do primeito tipo o *princípio da legalidade da despesa pública*, desdobrado do princípio, da legalidade, contemplado no artigo 37, *caput* da Constituição de 1988.

Do segundo tipo — e quem negará que estamos aí diante de princípio contemplado pelo direito brasileiro? — o *princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário.*

Ambos constituem *norma jurídica.*

07. — Deveras, tem a doutrina reconhecido, nos princípios gerais do direito, caráter normativo.[7]

O que dificulta a compreensão da circunstância de serem eles dotados de caráter normativo é a indevida superposição de norma e regra jurídica.

Como porém enfatiza ROBERT ALEXY,[8] são também normas os princípios: ambas, princípios e regras, afirmam o que *devem ser*; ambas são formuladas a partir da deontologia da expressão básica da ordem *(Grundausdrücke des Gebots)*. Por isso que a distinção entre regras e princípios se equaciona como distinção entre duas espécies de norma: *"Jede Norm ist entweder eine Regel oder ein Prinzip"* — cada norma é uma regra ou um princípio.[9] José Joaquim Gomes Canotilho, por outro lado, na 5ª edição do seu *Direito Constitucional,*[10] faz adesão a esse entendimento: o sistema jurídico — diz — "é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a forma de *regras*".

08. — A norma jurídica (proposição jurídica) é dotada de uma estrutura peculiar: representa determinada situação objetiva, hipotética (o *Tatbestand*, hipótese, pressuposto de fato, *facti species*) à qual estão ligadas certas conseqüências práticas, ou seja, os efeitos por ela prescritos (*Rechtsfolge,* estatuição, injunção). A norma jurídica prescreve os efeitos enunciados na estatuição ou injunção em relação à situação objetiva que prevê possa vir a se verificar, desde que ela se verifique. Por isso é dotada de caráter logicamente hipotético: enuncia hipótese que produz conseqüências jurídicas. O caráter formal das proposições jurídicas é expresso na conexão entre uma hipótese e uma estatuição de conseqüência jurídica.

Sucede que, como anota Lourival Vilanova,[11] o revestimento verbal das normas jurídicas positivas não obedece a nenhuma forma padrão; o que importa, a fim de que determinado enunciado, ainda que assuma a forma descritiva, possa restar caracterizado como normativo, é a possibilidade de sua reenunciação segundo a seguinte fórmula de linguagem lógica: "se se dá um fato F qualquer, então o sujeito S deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou pode omitir conduta C ante outro sujeito S."

Assim, embora as proposições jurídicas sejam *prescritivas* (deônticas) e não meramente *descritivas* (apofânticas), podem ser enunciadas — e isso ocorre com freqüência — sob revestimento verbal não prescritivo. Exemplifico com o que dispõe o artigo 22, I da Constituição de 1988: *compete privativamente à União legislar sobre direito civil*; o que está aí afirmado é que, se Estado-membro, o Distrito Federal ou Município legislar sobre direito civil, estas legislações serão inválidas (ao passo que, se o fizer a União, a legislação será válida).

Pois bem: quanto aos *princípios positivos do Direito*, evidentemente reproduzem a estrutura peculiar das normas jurídicas. Quem o contestasse forçosamente teria de admitir, tomando-se a Constituição, que nela divisa enunciados que não são normas jurídicas. Assim, por exemplo, quem o fizesse haveria de admitir que o artigo 5º, *caput*, da Constituição de 1988, não enuncia norma jurídica ao afirmar que "todos são iguais perante a lei...".

Isso, no entanto, é insustentável, visto que temos aí, nitidamente — tal como nos artigos 1º, 2º, 17, 18, 37, v.g. — autênticas espécies de norma jurídica. Ainda que a generalidade dos princípios seja diversa da generalidade das regras, os primeiros portam em si pressuposto de fato (*Tatbestand,* hipótese, *facti species*) suficiente a sua caracterização como norma. Apenas o portam de modo a enunciar uma série indeterminada de *facti species*. Quanto à estatuição (*Rechtsfolge*, injunção), neles também comparece, embora de modo implícito, no extremo completável em outra ou outras normas jurídicas, tal como ocorre em relação a

inúmeras *normas jurídicas incompletas*. Estas são aquelas que apenas explicitam ou o suposto de fato ou a estatuição de outras normas jurídicas, não obstante configurando norma jurídica na medida em que, como anota Larenz,[12] existem em conexão com outras normas jurídicas, participando do sentido de validade delas. De resto, a necessidade de *concretização* dos princípios não é exclusiva deles, manifestando-se também no caso das normas programáticas propriamente ditas e das normas preceptivas.[13] Estamos, aí, diante dos princípios que Larenz[14] refere como "princípio em forma de norma jurídica" (*Rechtssatzformige Prinzipien*).[15]

Quanto aos *princípios gerais do direito*, não expressamente enunciados em normas explícitas, descobertos no ordenamento positivo, também configuram norma jurídica, ainda quando enunciados em forma descritiva.

Resultará inútil qualquer tentativa de apartá-los dos *princípios positivos de direito* a partir da consideração das estruturas proposicionais de ambos. A distinção que desde aí se pode operar entre espécies de princípios repousa na diversidade de graus de concretização de que carecem, o que conduziu Larenz a referir uma classe de "princípios abertos". Mas tal critério não se presta, na verdade, a apartar uns dos outros (isto é, os princípios positivos do direito dos princípios gerais do direito — isto é, de cada direito) visto que há exemplos de princípios positivos do direito cujos enunciados são normativamente menos ou apenas tão densos quanto os enunciados de princípios gerais do direito.

Exemplifico com um princípio geral do direito, descoberto na Constituição de 1988 — o da *motivação do ato administrativo*[16] — normativamente tão denso quanto os da impessoalidade e da publicidade dos atos da Administração, inscritos no seu artigo 37, *caput*, e mais denso do que o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado nos seus artigos 1º, III e 170, *caput*.

Daí a verificação de que também os princípios gerais do direito — e não será demasiada a insistência, aqui, em que se trata de princípios de um determinado direito — constituem, estruturalmente, normas jurídicas. Logo, temos que, em realidade, norma jurídica é *gênero* que alberga, como *espécies*, regras[17] e princípios jurídicos — entre estes últimos incluídos tanto os princípios positivos de direito quanto os princípios gerais do direito.

A distinção postulada por Larenz na verdade opera a separação não entre diversos tipos de princípios, mas sim entre espécies de norma jurídica. Se a tomarmos como critério a presidir a ponderação do tema, verificaremos não que os "princípios abertos" não configuram norma jurídica, mas sim que os "princípios em forma de norma jurídica" estruturalmente são regras — guardando porém, em seus conteúdos, o caráter de princípio — e aqueles, os "princípios abertos", em seus conteúdos conservando o caráter de princípio, não são, estruturalmente, regras. Ademais, não há identificação ou superposição entre regra e norma, eis que não apenas as primeiras expressam estrutura proposicional jurídica, também a portando os princípios. Considere-se tão-só as normas preceptivas, que, reclamando concretização, consubstanciam regras, embora dotadas de estrutura análoga à dos princípios; não obstante assim seja, configuram normas jurídicas. Por outro lado, tome-se o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que impõe ao juiz, na omissão da *lei*, decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito: os princípios positivos do direito estão evidentemente incluídos na *lei* a que refere este preceito; além disso, ao determinar que, na hipótese, o juiz decida de acordo com os princípios gerais de direito, o preceito evidentemente também não o autoriza a decidir desde critério não normativo.

Penso restar demonstrado, nestas condições, que os princípios jurídicos, todos eles, consubstanciam espécies do gênero norma jurídica. A circunstância de carecerem de concretização através da edição de uma regra jurídica, regra que há de ser editada, em última instância, pelo juiz, em sentença, na criação de norma individual, do gênero não os exclui. Beneficiados por objetividade e presencialidade normativa que os dispensa de estarem consagrados expressamente em qualquer preceito particular — as expressões são de Canotilho[18] — o seu caráter normativo e sua inserção no direito positivo resultam inquestionáveis.[19]

A exposição de Esser caminha neste sentido: embora oponha norma e princípio,[20] sustentando não configurarem estes últimos, em si mesmos, mandamentos (isto é, instruções, regras), mas sim a causa, critério e justificação delas,[21] reconhece constituírem eles direito positivo.[22] Mas direito positivo constituem — prossegue — não como regras independentes ou autônomas, porém como condição imanente do ser e do funcionar das regras. Por isso que o princípio da liberdade contratual é direito positivo dos contratos e a separação dos poderes seria direito constitucional positivo — ainda que não enunciado como princípio positivado — desde que acolhidos por determinado ordenamento, sem perder seu caráter de princípios e sem que se convertam em regras.

09. — Alcançado este ponto de minha exposição, impõe-se distinguirmos os *princípios* das *regras* jurídicas.[23]

Há, em primeiro lugar, observa Dworkin[24] — e seu pensamento passo a expor — uma *distinção lógica* apartando os princípios das regras jurídicas.

As regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um *tudo ou nada*. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra refira — o suporte fáctico hipotético, o *Tatbestand* — se verifiquem, em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser ela aplicada.[25]

Já os princípios jurídicos atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam.

É que as regras jurídicas não comportam exceções. Isso é afirmado no seguinte sentido: se há circunstâncias que excepcionem uma regra jurídica, a enunciação dela, sem que todas essas exceções sejam também enunciadas, será inexata e incompleta. No nível teórico, ao menos, não há nenhuma razão que impeça a enunciação da totalidade dessas exceções e quanto mais extensa seja essa mesma enunciação (de exceções), mais completo será o enunciado da regra. Se a regra — exemplifica Dworkin[26] — define que um testamento não é válido senão quando assinado por três testemunhas, não é possível tomar-se como válido um testamento firmado por apenas duas testemunhas.

Quanto aos princípios, a circunstância de serem próprios a um determinado direito não significa que esse direito jamais autorize a sua desconsideração. Trabalhando com o princípio segundo o qual *a ninguém aproveita sua própria fraude (torpeza),* Dworkin[27] aponta o fato de que, em determinados casos, o direito não se opõe a que alguém obtenha proveito da fraude que praticou. O exemplo mais notável é o da posse indevida: aquele que penetrar em prédio alheio reiteradamente, durante largo período de tempo, poderá obter — e o direito o concede — o direito de cruzá-lo sempre que deseje.[28] Dworkin introduz ainda mais dois exemplos: se alguém, descumprindo contrato, abandona seu trabalho, para desenvolver outro muito melhor remunerado, será obrigado a indenizar seu contratante, mas em regra gozará do direito de permanecer a desenvolver o novo trabalho; se um preso escapa à prisão para fazer um investimento rentável, poderá ser reconduzido ao cárcere, mas reterá como de sua propriedade os lucros que tiver obtido.

Esses três exemplos, que configuram exceções ao princípio, não conduzem a sua exclusão da ordem jurídica — do direito — que o contemple. Nem importam em que esteja ele (o princípio) enunciado de modo incompleto, de modo que se possa reclamar seja completado mediante a enunciação de tais exceções.

Além do mais, prossegue Dworkin,[29] sobretudo um princípio como o mencionado — *a ninguém aproveita sua própria fraude (torpeza)* — nem ao menos indica condições suficientes para sua aplicação. Introduz uma razão a argüir em determinada direção, porém não implica uma decisão concreta a ser necessariamente tomada; mas pode haver outros princípios (ou diretrizes) apontando a direção oposta, de modo que, em determinado caso, aquele mesmo princípio não prospere. Isso não significa, no entanto, que esse mesmo princípio não seja próprio do direito de que se cuida, até porque, em outro caso, seguinte — e até mesmo diante de outro princípio (ou diretriz), adito — ele poderá ser decisivo.

Completando o momento inicial de sua exposição, a propósito da primeira diferença que aparta princípio e regra jurídica, averba:[30] o que queremos dizer, quando afirmamos que um deles é próprio do nosso direito, é que aqueles que estão incumbidos de tomar uma decisão jurídica, pelo lado do Estado, devem, quando o façam, tê-lo sob consideração, se é pertinente, como argumento que pode direcioná-la a um ou a outro sentido.

10. — Uma segunda distinção, decorrente da primeira, aparta ainda, segundo Dworkin,[31] os princípios das regras jurídicas.

É que os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a *dimensão do peso ou importância*. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles. Esta valoração, evidentemente, não é exata e, por isso, o julgamento a propósito da maior importância de um princípio, em relação a outro, será com freqüência discutível. Não obstante, as indagações a respeito de possuir ele essa dimensão e fazer sentido questionar quão importante ou relevante ele é integram o conceito de princípio.

As regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas, deva prevalecer uma em virtude do seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida. E a decisão a respeito de qual delas o é e qual deve ser abandonada há de ser tomada atendendo-se a considerações alheias a elas. Determinado ordenamento jurídico poderá regular tais conflitos através de outras normas, que prefiram a regra promulgada pela autoridade de maior nível hierárquico, ou a regra promulgada em data mais recente, ou a mais específica, etc. Ou, ainda, poderá dar prevalência à regra apoiada nos princípios mais relevantes.

11. — A primeira distinção de que se vale Dworkin para apartar princípios e regras já havia sido, anteriormente, em outros termos explicitada, formulada por Jean Boulanger.

Segundo ele,[32] regra e princípio jurídico têm em comum o caráter de generalidade. Daí porque se poderia afirmar que um princípio jurídico não é senão uma regra jurídica particularmente importante, em virtude das conseqüências práticas que dele decorrem. No entanto — prossegue — não há entre ambos apenas uma desigualdade de importância, porém, mais do que isso, uma diferença de natureza. E isso porque a generalidade da regra jurídica é diversa da generalidade de um princípio jurídico.

Demonstra-o Boulanger observando que a regra é geral porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos. Não obstante, ela é especial na medida em que *não regula senão tais atos ou tais fatos*: é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada.

Já o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma *série indefinida de aplicações*.

Esta a razão mercê da qual parece correta a exposição de Dworkin. As regras jurídicas não comportam exceções que não se possa teoricamente enunciar porque, como observa Boulanger, são de ser aplicadas a situações determinadas; já os princípios, por outro lado, porque são aptos a ser aplicados a uma série indefinida de situações, não admitem a própria enunciação de hipótese nas quais não seriam aplicáveis.

12. — Dworkin, como vimos, aparta princípios e regras jurídicas desde a demonstração de que:

- as regras jurídicas, não comportando exceções, são aplicáveis de modo completo ou não o são, de modo absoluto, não se passando o mesmo com os princípios;
- os princípios jurídicos possuem uma dimensão — a dimensão do peso ou importância — que não comparece nas regras jurídicas.

É desde essas premissas que devemos enfrentar o tema das antinomias jurídicas. O conflito entre regras jurídicas resulta em *antinomia*, entendida esta como situação de incompatibilidade entre ambas (ambas pertencendo ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade), que conduz à necessidade de uma delas ser eliminada do sistema. Antinomia jurídica, pois, é situação que impõe a extirpação, do sistema, de uma das regras. A decisão, inafastável, a propósito de qual dessas regras há de ser preservada, será informada mediante a utilização do critério ou dos critérios contemplados, para tanto, no sistema.[33]

Estamos aí, na hipótese de conflito entre regras, diante de *antinomia jurídica própria*.

Refere-se a doutrina ainda, no entanto, a *antinomias jurídicas impróprias*. Aqui, porém, o conflito alinhado entre normas não conduz à necessidade de uma delas ser eliminada do sistema. O conflito se manifesta — há incompatibilidade entre ambas — porém não resulta em antinomia jurídica.

Desse tipo, os conflitos entre princípios: a opção do aplicador do direito ou do intérprete por um deles — em detrimento do que a ele se opõe — não implica desobediência do outro.[34] Repita-se: esse tipo de conflito não resulta em antinomia.

Manifesta-se, aqui, precisamente a situação apontada por Dworkin: a circunstância de, em determinado caso, a adoção de um princípio, pelo aplicador do direito ou pelo intérprete, implicar o afastamento de outro, que com aquele entre em testilhas, não importa em que este seja eliminado do sistema, até porque — repito — *em outro caso*, e mesmo diante do mesmo princípio, este poderá vir a prevalecer. Robert Alexy[35] observa que ao passo que os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, os conflitos entre princípios se verificam — visto que apenas princípios válidos podem colidir entre si — dentro da dimensão do peso.

A esse tema, do conflito entre princípios, precisamente a ele devo, na ponderação da matéria atinente ao terceiro quesito proposto na consulta, deitar atenção.

13. — Os princípios, diz Canaris,[36] não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou em contradição entre si.

Assim, tomado um determinado direito como e enquanto nível de determinada realidade social, produto histórico-cultural, pleno de contradições e incompletudes, cumpre distinguirmos situações de *oposição* e de *contradição* entre princípios, situações das quais decorreriam quebras no sistema — relembre-se que o definimos como tal, isto é, precisamente como sistema (ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais). O primeiro tipo de conflito se resolve na medida em que, a princípios que apontem em direções opostas, âmbitos distintos de aplicação sejam designados, de modo que se estabeleça um compromisso entre ambos — "*Kompromiss zwischen verschiedenen Grundegedanken*", diz Engisch.[37] Aqui, aliás ao contrário do que entende Engisch, não há *contradição*, porém mera *oposição* de princípios[38] — disso não decorre, pois, efetivamente, nenhuma quebra no sistema.

As *oposições* de princípios não são estranhas a um determinado direito, mas antes, pelo contrário, a ele conferem sentido. Já a *contradição* entre princípios, diz Canaris,[39] é sempre algo que não deveria existir — uma desarmonia[40] — e que, por isso mesmo, deve, se possível, ser eliminada.

14. — Não nos interessa, no caso de que cogitamos, o conflito *no* sistema, porém no quanto envolva, em presença de determinada questão de fato, dois princípios que apenas virtualmente poderiam encontrar-se (*no* sistema) em situação de oposição.

Há, no caso, conflito (contradição) entre o princípio da legalidade da despesa pública e o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário.

Diante dessa contradição, um dos dois princípios deve ser afastado; o outro prevalecerá sobre o primeiro. Isto é: a um deles, *no caso*, se há de conferir peso ou importância maior do que ao outro.

Isso reclama, ainda, uma breve consideração intermédia.

15. — As *regras* — cumpre deixarmos isso bem vincado — são concreções dos *princípios*.

Assim, entre princípios e regras uma especial relação se estabelece: princípio, segundo Antoine Jeammaud,[41] é "norme occupant dans la hiérarchie une place qui fait obstacle à la *validité* d'autres régles" (grifei).

Logo, como observei em outra oportunidade,[42] não se manifesta jamais antinomia jurídica entre princípios e regras jurídicas. Estas operam a concreção daqueles. Em conseqüência, quando em confronto dois princípios, um prevalecendo sobre o outro, as regras que dão concreção ao que foi desprezado são *afastadas*: não se dá a sua aplicação a determinada hipótese, ainda que permaneçam integradas, validamente, no ordenamento jurídico.

Insisto: resultam afastadas as regras (concreções de princípios) que dão concreção ao

princípio que no confronto com outro foi desprezado.

Dizendo-o de outra forma: aquelas regras, que dão concreção ao princípio desprezado, embora permaneçam plenas de *vigência*, perdem *eficácia* — isto é, efetividade[43] — em relação à situação diante da qual o conflito (contradição) entre princípios manifestou-se.[44]

O que estou a afirmar é o seguinte: se, *no caso*, atribuirmos maior peso ou importância ao princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário, em relação ao princípio da legalidade da despesa pública, *nesta hipótese*, à situação de que cogitamos — inexistência de recursos suficientes para o cumprimento de decisões do Poder Judiciário *nos termos da normatividade constitucional — não se aplicam as regras* (porque de regras se trata) *veiculadas pelo artigo 167, II, pelo artigo 85, VI, pelo artigo 166, pelo artigo 167, V, pelo artigo 167, VI e pelo artigo 169 da Constituição de 1988 e pelo artigo 38 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias* (vide item 04, acima). Note-se bem: a *eficácia* dessas regras, em relação àquela situação, *é afastada.*

Se, pelo contrário, privilegiarmos, *no caso*, o princípio da legalidade da despesa pública, em relação àquele outro — da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário — *nesta hipótese*, à mesma situação aplicar-se-ão aquelas regras. Aqui, ao contrário do que ocorria na primeira hipótese, a *eficácia* de tais regras, em relação àquela situação, é mantida, dado que elas conferem concreção ao princípio ao qual, *no caso*, atribuímos maior peso ou importância.

16. — O que nos resta, pois, a fim de que possamos parcialmente solucionar — não estamos a cogitar, ainda, da situação de "exaustão da capacidade orçamentária" — o terceiro quesito proposto na consulta é definir a qual dos dois princípios, *no caso*, devemos atribuir maior peso ou importância.

Não há porém, no sistema, nenhuma norma a orientar o intérprete e o aplicador a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles estabelecido, deve ser privilegiado, qual o que deve ser desprezado. Em cada caso, pois, em cada situação, a dimensão do peso ou importância dos princípios há de ser ponderada. Isso explica o quanto acima, no item 12, afirmei: a circunstância de, em determinado caso, a adoção de um princípio, pelo aplicador do direito ou pelo intérprete, implicar o afastamento do outro (do outro princípio, aqui), que com aquele entre em testilhas, não importa em que seja este eliminado do sistema, até porque, *em outro caso*, e mesmo diante do mesmo princípio, este poderá a vir a prevalecer.

Mas isso também não faz regra, pois é possível que determinado princípio, quando em confronto com outro, em inúmeras situações, sempre, sistematicamente, prevaleça sobre este, sem que este seja eliminado do sistema. Este último, em situações nas quais não esteja em confronto com aquele primeiro princípio, mas com outro, poderá, ou não, ser privilegiado em relação a este terceiro princípio.

O que importa considerarmos é o fato de que, como acima observei, *não há, no sistema, nenhuma norma a orientar o intérprete e o aplicador a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles estabelecido, deve ser privilegiado, qual o que deve ser desprezado; em cada caso, há de ser ponderada a dimensão do peso ou importância dos princípios.*

17. — No caso, contudo, não tenho dúvida quanto ao prevalecimento do princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário em relação ao princípio da legalidade da despesa pública.

O primeiro consubstancia *princípio jurídico fundamental*,[45] configura, embora não expressamente enunciado em nenhuma norma positiva,[46] um "princípio orgânico da Constituição" — *tragendes Organisationsprinzip des Grundgesetzes*.[47] Não obstante tomando o vocábulo "axioma" sob reservas,[48] o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário consubstancia um *axioma de direito público.*

Assim, ao princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário, quando em confronto com o princípio da legalidade da despesa pública, há de ser atribuído peso maior — e isso há de ocorrer sistematicamente, quando esse confronto se estabeleça (não visualizo situação nenhuma em que o inverso pudesse vir a ocorrer) — do que o revestido por este último. O acatamento ao prin-

cípio da legalidade da despesa pública mediante o sacrifício da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário resultaria inteiramente insustentável.

18. — Daí a conclusão que firmo: cumpre, no âmbito da situação de que estamos a cogitar — inexistência de recursos suficientes para o cumprimento de decisões do Poder Judiciário *nos termos da normatividade constitucional* — atribuirmos peso mais elevado ao princípio da sujeição da Administração àquelas decisões, do que decorre, pois, *não se aplicarem ao caso as regras veiculadas pelo artigo 167, II, pelo artigo 85, VI, pelo artigo 166, pelo artigo 167, V, pelo artigo 167, VI e pelo artigo 169 da Constituição de 1988 e pelo artigo 38 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;* a *eficácia* dessas regras, em relação àquela situação, *é afastada.*

19. — Esta a solução que dou ao terceiro quesito proposto na consulta, a partir da consideração de uma determinada situação: inexistência de recursos suficientes para o cumprimento de decisões do Poder Judiciário *nos termos da normatividade constitucional.*

Neste caso, deverá a Administração proverse de créditos orçamentários *sem observar as regras acima indicadas, cuja eficácia é afastada.*

Passo, assim, a cogitar da segunda situação que no bojo dos fatos relatados na consulta pode, ao menos teoricamente, vir a se manifestar, aquela na qual se verifica completa "exaustão da capacidade orçamentária".

20. — *Exaustão orçamentária*, no sentido que tomo no contexto deste meu parecer, é a situação que se manifesta quando inexistirem recursos suficientes para que a Administração possa cumprir determinada ou determinadas decisões judiciais. Não há, no caso, disponibilidade de caixa que lhe permita cumpri-las.

Aqui não importa a prevalência do princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário, em relação ao princípio da legalidade da despesa pública. Ainda que afastadas as regras que a este último conferem concreção, ainda assim não terá condições, a Administração, de dar cumprimento às decisões judiciais.

21. — Dir-se-á, em um primeiro momento, que nesta hipótese incumbirá à Administração — mas isso, note-se, única e exclusivamente quando se trate da condenação judicial *da União* a pagamentos (exclusivamente à União compete emitir moeda[49]) — emitir moeda em montante suficiente para cumpri-las.

A emissão de moeda, contudo — alternativa que, repito, seria exercitável única e exclusivamente pela Administração federal — importaria mero atendimento formal (não material) da decisão judicial.

Moeda é conceito jurídico — parâmetro e objeto da ordem jurídica. Conceito jurídico, não é senão um *nome* sacralizado pela ordem jurídica.

Daí afirmar Karl Olivecrona,[50] ao cuidar da unidade monetária:

"The search for the entities called monetary units has been in vain and must be so. No such units are in existence. The word for the monetary unit has no semantic reference at all'.

O vocábulo "moeda", efetivamente, não tem referência semântica. Assim, o que possibilitou ao homem prescindir dos metais preciosos como instrumento de troca foi a institucionalização normativa da unidade monetária, do que decorre a conseqüência de "moeda" ser palavra que somente assume algum sentido quando utilizada sob certas normas jurídicas, no quadro de um determinado sistema de direito positivo. Inexistisse essa referência, a normas, e promessas de pagamento e pagamentos seriam sons e gestos despidos de sentido — "meaningless sounds and gestures", diz Olivecrona.[51] Os bons economistas o sabem e as doutrinas econômicas tomam a moeda como convenção. O fenômeno da "dissolução da moeda", na hiperinflação, não é senão expressivo do rompimento dessa convenção, rompimento que se dá quando perece a funcionalidade do ordenamento jurídico monetário.

Por certo que, inevitavelmente, no momento em que exaurida a capacidade orçamentária da Administração federal, no sentido acima indicado, a convenção monetária já terá sido rompida; a emissão de mais moeda, assim, será socialmente perniciosa.

Por outro lado, o discernimento da teoria quantitativa da moeda — os níveis gerais de preços tendem a flutuar paralelamente à quan-

tidade de moeda[52] — evidencia que, no caso, a emissão de moeda importaria a inocuidade do cumprimento, através dessa nova moeda, das decisões judiciais; equivaleria a lançar-se imposto de 100% sobre os pagamentos assim efetuados.

22. — A alternativa de a Administração emitir títulos da dívida pública seria inócua — quem os adquiriria e a que taxas de juros? — bem assim, no caso específico, a da elevação das contribuições previdenciárias, ainda que afastada a regra inscrita no parágrafo 6º do artigo 195 da Constituição de 1988 — a sociedade não suportaria essa elevação.

23. — Vê-se para logo, dessarte, que na hipótese de "exaustão da capacidade orçamentária", *no sentido indicado no item 20, acima* — repito — estaremos diante não de conflito entre princípios, porém em presença de confronto entre decisões judiciais e a realidade, vale dizer, entre a realidade e o direito.

Note-se bem, todavia: *não basta à Administração alegar a "exaustão da capacidade orçamentária"; é necessário, imprescindível, indispensável que essa situação seja demonstrada e comprovada.* Essa demonstração e comprovação — antecipo-me à indagação — deverá ser feita, face à excepcionalidade dos fatos, perante o Supremo Tribunal Federal.

Estaremos, então, diante de situação que não tenho dúvida em referir como de *estado de necessidade*, a importar em que a decisão ou decisões judiciais *não devam ser cumpridas pela Administração.*

Passo a explicar a fundamentação dessa minha assertiva, enfatizando contudo — para que isso fique bem claro, inquestionável, evidente, nítido como a luz solar passando através de um cristal (bem polido) — que apenas e tão-somente a proclamo diante de situação na qual resulte plenamente demonstrada e comprovada, perante o próprio Poder Judiciário (isto é, o Supremo Tribunal Federal), a *exaustão da capacidade orçamentária da Administração.*

24. — O direito — que a um tempo só é *ordenamento, norma* e *decisão* — não corresponde, como observei em outra oportunidade,[53] meramente a uma superestrutura. Não é uma simples representação da realidade social, externa a ela, mas sim um nível funcional de todo social. Assim, enquanto nível da própria realidade, é elemento constitutivo do modo de produção social. Logo, no modo de produção capitalista, tal qual em qualquer outro modo de produção, o direito atua também como instrumento de mudança social, interagindo em relação a todos os demais níveis — ou estruturas regionais — da estrutura social global.

Visto assim, o direito não há de ser concebido exclusivamente como produto das relações econômicas, externo a elas, ou apenas como ideologia que oculta a natureza real das relações de produção, ou, ainda, tão-somente como expressão da vontade da classe dominante e meio de dominação. Nível de um todo complexo — a estrutura social global — o direito se compõe e resulta da sua própria interação com os demais níveis desse todo complexo. Por certo que as relações de produção capitalista não poderiam existir, nem reproduzir-se, sem a forma do direito, a instituir as condições que conferem fluência à circulação mercantil.

Estou próximo, aqui — e isso me compraz — do que von Ihering afirmou: "das Recht ist der Gesellschaft, nicht die Gesellschaft des Rechts wegen da".[54]

25. — A compreensão de tudo isso reclama, na situação considerada — de "exaustão da capacidade orçamentária" — a análise do tema da força normativa da Constituição e da concepção, desenvolvida por Konrad Hesse,[55] da *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).*

Essa força normativa se manifesta quando se assenta na natureza singular do presente, quando o seu conteúdo corresponde a essa natureza singular.[56]

Diz Hesse:[57]

"Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta do seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. (...) Constatam-se os limites da força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se baseia na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Estes limites não são, todavia, pre-

cisos, uma vez que essa qualidade singular é formada tanto pela idéia de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) quanto pelos fatores sociais, econômicos e de outra natureza. Quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição. A vontade de Constituição *não é capaz, porém, de suprimir esses limites. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais*" (grifei).

É dizer, de outra forma, que não é a consciência do homem que determina o seu ser, mas sim, pelo contrário, seu ser social é que determina a sua consciência.

Assim, perece a sua força normativa quando a Constituição já não corresponde à natureza singular do presente. Opera-se a frustração material da finalidade de suas normas que estejam em conflito com a realidade e ela se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais.

26. — É precisamente isso o que se dá quando, verificada efetiva situação de "exaustão da capacidade orçamentária", se imponha à Administração o princípio da sua sujeição a decisões judiciais que a condenem a realizar despesa pública. Verifica-se, neste caso, *a frustração material da finalidade do princípio da sujeição da Administração às decisões judiciais.*[58]

A sanidade da ordem jurídica (Constituição e direito positivo — direito posto) depende da manutenção de condições constantes no Estado, o que reclama a sua defesa; mas essa defesa, aí, não é senão instrumental da defesa da ordem jurídica.

É que o Estado, ao contrário do que tantos pensam, não é apenas a Administração e o Legislativo, mas também o Judiciário. A preservação da sanidade da ordem jurídica, dessarte, passa preliminarmente pela defesa do Estado, onde a defesa do Poder Judiciário. Assim, justamente a fim de que a sanidade da ordem jurídica seja preservada, é necessário que se não preste, no caso, acatamento ao princípio da sujeição da Administração às decisões judiciais. A aparente contradição se resolve mediante a singela observação de que o Estado, que põe o direito, não obstante é uma criação do direito: a preservação da sanidade da ordem jurídica (refiro-me, é evidente, à ordem jurídica estatal) supõe a preservação do Estado, o que importa a necessidade de preservação do Poder Judiciário e, no caso, é obviado na medida em que as decisões deste último — e direito é ordenamento, norma e decisão — não sejam acatadas.

Aqui cabe como uma luva um pequeno trecho da argumentação do Procurador Geral Terlinder perante a Corte de Cassação belga, no caso da edição de decretos-leis pelo rei da Bélgica, durante a Primeira Guerra Mundial, relatada por Perelman:[59]

"Una ley nunca se ha hecho más que para un período o réginem determinado. Se adapta a las circunstancias que la han motivado y no puede ir más allá. Solamente se concibe en función de su necesidad o de su utilidad. Y también, una buena ley no debe se(r) intangible, pues sólo vale para el tiempo que ha querido regular. La teoría puede tener en cuenta abstracciones, pero la ley, que es obra esencialmente práctica, se aplica a situaciones concretas. Esto explica que, si bien la jursprudencia puede extender la aplicación de un texto, existen siempre límites a esta extensión, que se encuentra menoscabada cuando la situación que el autor de la ley contempló, es substituida por otras que quedam fuera de sus previsiones. Una ley — constitución o ley ordinária — no estatuye jamás más que para períodos normales; para aquellos que ha podido prever. Es obra del hombre y está sometida como todas las cosas humanas a la fuerza de las cosas, a la fuerza mayor y a la necesidad. Existen hechos que la prudencia humana no puede prever y situaciones que no se han podido tener a la vista, en las cuales la norma se ha hecho inaplicable y en las que es preciso, como sea posible, separándose lo menos posible de las prescripciones legales, atender a las brutales necesidades del momento y contraponer algunos medios de fortuna a la fuerza invencible de los acontecimientos".

27. — Dir-se-á eventualmente, em tom de crítica, que a solução que proponho como adequada ao caso em pauta é política e não jurídica.

A tanto responderei observando, com Klaus Adomeit,[60] que uma ordem jurídica sem o político resulta carente de impulso, morta. Ordem jurídica como tal apenas exige enquanto objeto de uma ciência do direito cujo universo de indagação é reduzido à norma jurídica, verdadeira ciência da norma jurídica, esterilizadora da vida social. O objeto dessa ciência está dissociado da realidade social, sujeito exclusivamente a ponderações estéticas, algo inteiramente diverso do que efetiva e realmente o direito é.

Todas as decisões jurídicas, porque *jurídicas*, são políticas. Negá-lo, em especial em situações como a de que ora cogitamos, equivaleria à entronização do lema *fiat justitia pereat mundus*, o que dispensa qualquer comentário.[61] De mais a mais, assim como permanece sendo *jurídica* a decisão judicial tomada sob a consideração de que as normas jurídicas não veiculam enunciados semânticos cristalizados, congelados no tempo (esses enunciados passam por alterações decorrentes do evolver da vida social, ainda que a redação da norma não sofra modificação),[62] *jurídica* — embora por isso mesmo *política* — é ainda a decisão judicial que reconheça que determinada norma (princípio), no quadro de determinadas circunstâncias, não corresponde à natureza singular do presente. A aplicação do direito se opera mediante a prática da *prudência*, segundo e conforme a *lógica da preferência* — o Poder Judiciário atua no campo da *jurisprudência* e não de uma "jurisciência"; o desafio da prudência não se põe na ausência de resposta para uma determinada questão (este o desafio da ciência), mas na existência de diversas soluções corretas para uma mesma questão.[63]

28. — Eis, assim, a solução que dou ao terceiro quesito proposto na consulta, a partir da consideração da situação que, no sentido adotado no contexto deste meu parecer (item 20, acima), refiro como de *exaustão da capacidade orçamentária:* neste caso deverá a Administração, demonstrada e comprovada essa exaustão perante o Supremo Tribunal Federal, *não cumprir as decisões do Poder Judiciário.*

29. — Em face de todo o exposto, dou as seguintes respostas aos quesitos contidos na consulta:

a) quando o parágrafo 5º do artigo 195 da Constituição diz que "nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser *majorado...*" há proibição apenas para aumentos *reais*; para aumentos apenas *nominais*, não;

b) a conciliação dar-se-á através da elevação do valor nominal do crédito orçamentário mediante a obtenção de autorização legislativa para a abertura de *créditos adicionais, suplementares* (artigo 166, *caput*, observado o disposto no artigo 167, V da Constituição de 1988), com aproveitamento de recursos provindos do *superavit* financeiro do exercício anterior, do excesso de arrecadação, da anulação total ou parcial de dotações orçamentárias ou de créditos adicionais autorizados em lei, do produto de operações de crédito;

c) —:

(c1) em situação de inexistência de recursos suficientes para o cumprimento de decisões judiciais *nos termos da normatividade constitucional*, a Administração deverá prover-se de créditos orçamentários sem observar as regras veiculadas pelo artigo 167, II, pelo artigo 85, VI, pelo artigo 166, pelo artigo 167, V, pelo artigo 167, VI e pelo artigo 169 da Constituição de 1988 e pelo artigo 38 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias —: a *eficácia* dessas regras, em relação àquela situação, *é afastada*;

(c2) em situação que, no sentido adotado no contexto deste meu parecer (item 20, acima), refiro como de *exaustão da capacidade orçamentária*, deverá a Administração, demonstrada e comprovada essa exaustão perante o Supremo Tribunal Federal, *não cumprir as decisões do Poder Judiciário.*

É o que me parece.

São Paulo, 25 de maio de 1992. — *Eros Roberto Grau* — Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

NOTAS

[1] Cf. Amílcar de Araújo Falcão, *A inflação e suas conseqüências sobre a ordem jurídica*, in RDP 1/63.

[2] Cf. Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. de A. Mene-

zes Cordeiro, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, pág. 77.

[3] Vide meu *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, págs. 92 e ss.

[4] Sobre o direito e os direitos, vide meu *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, cit., págs. 20/21.

[5] A propósito, adverte Clemente de Diego *(El método en la applicación del Derecho Civil*, Revista de Derecho Privado, tomo III, Madrid, 1916, pág. 294): "Pensar en otros principios distintos de los que están embebidos en la obra general legislativa y de derecho de un pueblo para componer y gobernar y complementar el edificio de un derecho positivo, era tanto como abrir la puerta a la introdución de reglas exóticas que destruyessen las líneas de éste y entronizar la confusión y el desorden y la arbitrariedad allí donde deben reinar la claridad, la armonia y la precisión y seguridad."

[6] Vide meu *O direito pressuposto e o direito posto*, in RT 673/21 e ss.

[7] Vide, em meu *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, cit., pág. 122, as posições de Crisafulli, Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Miguel Reale. Relembre-se as ponderações de Clemente de Diego (ob. cit., pág. 297): no que tange aos princípios positivados, não resta dúvida quanto ao fato de que consubstanciam norma: já no que tange aos não positivados, "van en ella implícitos, y están como latentes en las disposiciones concretas de las mismas. Ambos tienen razón de principio y de precepto, aunque por diverso modo: en los primeros se ostenta desde luego la cualidad de precepto o norma que esconde y no obscurece su virtud de principio; en los segundos hállase más exaltada al pronto su cualidad de principio que no obsta a que pueda tener valor normativo y a que se muestre leugo como tal norma. Cierto que el principio habla a la razón y la norma a la voluntad; pero no olvidemos que por ser uno y otra de derecho, ambos ligan a la voluntad y son ordenación de la razón al bien. La especialidad de estas normas consiste en que están concebidas en los términos más generales, son proposiciones abstractas como la ley, pero que alcanzan aún un mayor grado de abstracción, y su virtud imperativa procede no tanto de ellos mismos cuanto de la ley o precepto que los recoge o del nexo lógico y necesario que les liga con las normas concretas de un derecho positivo."

[8] *Theorie der Grundrecht*, Surkamp, Franfurt am Main, 1986, pág. 72.

[9] Ob. cit., pág. 77.

[10] Almedina, Coimbra, 1991, pág. 171.

[11] *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, pág. 50.

[12] *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5ª ed., Springer, Berlin, 1983, pág. 137.

[13] Neste sentido, José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, págs. 280/281.

[14] Ob. cit., pág. 351.

[15] Observa Kelsen *(Teoria General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo Garcia Maynez, Imprenta Universitaria, México, 1949, pág. 46) que os diferentes elementos de uma norma podem estar contidos em diversos produtos do processo legislativo e expressar-se lingüisticamente de maneiras muito diversas; assim, v.g., quando o legislador proíbe o roubo, pode inicialmente definir o conceito de roubo valendo-se de várias frases que compõem um artigo de um código e após definir a sanção em outra frase, que pode integrar parte de outro artigo do mesmo texto ou, inclusive, de um texto legal distinto; esta última frase geralmente não assumirá a forma lingüística de um imperativo ou de um juízo que expresse um "dever ser", mas sim a predição de um acontecimento futuro.

[16] Veja-se o artigo 93, IX da Constituição de 1988 a respeito da necessária fundamentação das decisões dos órgãos do Poder Judiciário.

[17] O vocábulo *regra* (jurídica) é aqui utilizado sob conotação diversa daquela que lhe atribui Kelsen, para quem *regra jurídica* é proposição descritiva, formulada no nível, doutrinário, da ciência do direito. Aí a distinção: *normas jurídicas* — proposições prescritivas — são criadas pelas autoridades incumbidas de legislar; *regras jurídicas* ou *de direito* são proposições, descritivas, estabelecidas pela ciência do direito *(Teoria General del Derecho y del Estado*, cit., págs. 46/47). A exposição de Charles Eisenmann *(Cours de Droit Administratif)*, D.E.S. de Droit Public 1949/1950, Le Cours de Droit, págs. 299/302) é expressiva. Referimos o nome de "normas" para aludir aos elementos de regulação da conduta dos homens, suas ações e suas abstenções porque não podemos considerar os vocábulos, "norma" e "regra" como equivalentes. "Regra" é vocábulo que evoca a idéia de uma regulamentação de caráter geral. Mas o ordenamento jurídico não se compõe exclusivamente de disposições gerais, nele também estando inseridas disposições outras, que respeitam a um indivíduo determinado, que visam a

uma pessoa concreta, prescrevendo-lhe ou a ela autorizando uma certa conduta. Essas disposições "individuais", e não "coletivas", são da mesma essência das regras gerais: regulamentam condutas (aí aquelas contidas nas sentenças judiciais, nas decisões administrativas, nos contratos, nos testamentos). O vocábulo "norma" engloba a totalidade dos elementos que regulam — juridicamente, bem entendido — a conduta dos membros de um grupo, seja coletivamente, seja individualmente; ao contrário do vocábulo "regra", não é associado a nenhuma idéia de generalidade. Implica essencialmente prescrição de conduta, regulamentação, mas não implica regulamentação geral. O emprego do vocábulo "norma" para referir o conjunto de todos os elementos da regulamentação — notadamente jurídica — da conduta humana, sem acepção de seu caráter geral ou de seu caráter especial, devemos, prossegue Eisenmann, à Escola de Viena, a seu fundador, Hans Kelsen, e a seus discípulos imediatos, notadamente Adolf Merkl. Eles é que pela primeira vez fizeram uso sistemático não apenas do termo, mas também da noção de *norma*, de modo a construir a *doutrina normativista*, que enfatiza a essência normativa de tudo que é jurídico. O uso do vocábulo "norma", nestas condições, em oposição ao vocábulo "regra" — podemos concluir — resulta praticamente axiomático no quadro daquela doutrina. Nada impede, contudo (inclusive observando que também assumem *caráter normativo* as disposições "individuais" às quais refere Eisenmann), façamos uso do vocábulo "regra" para designar uma das espécies de "norma".

18 Cf. a 3ª edição do *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1983, págs. 199/200.

19 Observa Jorge Miranda *(Direito Constitucional*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pág. 198): "Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles — numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais — fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições". Tome-se, aí, *disposições* por regras.

20 *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, trad. de Eduardo Valenti Fiol, Bosch, Barcelona, 1961, v.g. págs. 5, 66/67, 102.

21 Idem, pág. 67.

22 Idem, v.g. págs. 90, 93, 121, 169, 171.

23 Vide José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5ª edição, cit., págs. 172 e ss. Vide também meu *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, cit., págs. 107 e ss.

24 *Taking rights seriously*, 5ª impressão, Duckworth, London, 1987, págs. 22 e ss.

25 Cf. Dworkin, ob. cit., pág. 24.

26 Ob. cit., pág. 25.

27 Idem, ibidem.

28 O exemplo de Dworkin há de ser ponderado, no quadro do nosso direito positivo, desde a consideração do que define o artigo 562 do Código Civil.

29 Ob. cit., pág. 26.

30 Idem, ibidem.

31 Idem, ibidem.

32 *"Principes généraux du droit positif et droit positif"*, in Le Droit Privé Français au milieu du XXe siècle (Etudes offertes a Georges Ripert), LGDJ, Paris, 1950, págs. 55/56.

33 *Lex superior derrogat inferiori, lex specialis derrogat generalis, lex posterior derrogat priori*, v.g.

34 Cf. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito*, Atlas, São Paulo, 1989, pág. 191.

35 Ob. cit., pág. 76.

36 Ob. cit., pág. 88.

37 *Einführung in das juristische Denken*, 8ª edição, Kohlhammer, Stuttgart, 1983, pág. 166.

38 Cf. Canaris, ob. cit., pág. 205.

39 Idem, págs. 205/206.

40 Cf. Engisch, ob. cit., pág. 165.

41 *Les principes dans le droit français du travail*, in Droit Social nº 9/10, set.-out. de 1982, pág. 620.

42 *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, cit., pág. 134.

43 Vide meu *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, cit., págs. 294 e ss.

44 Esta solução, apliquei-a à situação dos contratos celebrados com a Administração, em relação às regras que impeçam reajuste de preços ou os congelem (vide meu *Princípio da equivalência e o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos*, in RDP 96/61 e ss., especialmente pág. 66).

45 Dicção do Canotilho, *Direito Constitucional*, 3ª edição, 1983, pág. 200.

[46] Vide Perelman, *La lógica juridica y la nueva retórica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madri, 1979, págs. 105/108, relatando o caso da edição de decretos-leis pelo rei da Bélgica, durante a Primeira Guerra Mundial; vide também meu *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, ob. cit., págs. 92/93.

[47] Engisch, ob. cit., pág. 170.

[48] Vide meu *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, ob. cit., pág. 94, nota 125. O direito é um sistema de princípios, não de axiomas (vide Canaris, ob. cit., págs. 38 e ss. e 100/102).

[49] Artigo 21 VII da Constituição de 1988.

[50] *Law as fact*, second edition, Stevens & Sons, London, 1971, pág. 301.

[51] Ob. cit., pág. 303.

[52] Vide Geraldo Vidigal, *Fundamentos do Direito Financeiro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973, págs. 179 e ss. À formulação originária da teoria, que se deve a Bodin e a Davanzati, incorporam-se outras verificações, quais as apontadas por Irving Fisher (MV + M'V' = PT), pelos marginalistas, por Marshall.

[53] *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, cit., pág. 20. Vide meu *O direito pressuposto e o direito posto*, cit., pág. 22.

[54] "O direito existe em função da sociedade, não a sociedade em função do direito". *Der Zweck im Recht*, 2ª edição modificada, Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1884, pág. 424.

[55] *A força normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Edidor, Porto Alegre, 1991.

[56] Cf. Hesse, ob. cit., págs. 19 e 20.

[57] Ob. cit., pág. 24.

[58] Relembre-se, com von Ihering (ob. cit., pág. VIII), que não existe nenhuma norma ou instituto jurídico que não deva sua origem a uma finalidade.

[59] Vide nota 46 (Perelman, pág. 106).

[60] *Introducción a la teoría del Derecho*, tradução de Enrique Bacigalupo, Civitas, Madri, 1984, págs. 46/47.

[61] Considere-se, na práxis do Tribunal Constitucional Alemão, o "apelo ao legislador" (*Appellentscheidung*) (vide Gilmar Ferreira Mendes, *Tribunal Constitucional Alemão: o apelo ao legislador — "Appellentscheidung" — na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã*, in RDP 99/32 e ss. e, do mesmo autor, *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991, págs. 158/159 e 180 e ss.).

[62] Vide meu *Autarquia: interpretação de preceito legal que define sua competência*, in RDP 100/86-87.

[63] Vide meu *Direito, conceitos e normas jurídicas*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, pág. 24.