

DIREITO FINANCEIRO E O ATIVISMO JUDICIAL

Piso da enfermagem e sistema financeiro dos estados testam os limites do equilíbrio entre os Poderes

Coluna Fiscal – JOTA – 24.9.2022

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/direito-financeiro-e-o-ativismo-judicial-06102022>

Há bastante tempo a controvérsia sobre os limites da atuação dos Poderes tem estado em debate, especialmente em razão de decisões judiciais que têm interferido em atos e decisões de outros Poderes, notadamente o Poder Executivo.

A questão do “ativismo judicial” é antiga, tem aumentado muito nos últimos tempos, e a extensão desses limites está sendo posta em teste com frequência cada vez maior, especialmente no âmbito do Direito Financeiro. E tem se espalhado para outros órgãos e poderes, como se pode notar por ações dos tribunais de contas, como já foi objeto de referência neste mesmo espaço (coluna “Decisões dos tribunais de contas reacendem polêmica sobre os limites de sua atuação”, publicada em 17.10.2019¹). Atinge muitas outras áreas do Direito, como bem observado recentemente por Vladimir Passos de Freitas, que registra sua preocupação com a “linha tênue, não demarcada e com limites de difícil identificação” que separa a ação do magistrado em exercer “o seu papel constitucional e a ação que extrapola as funções para as quais foi nomeado”².

1 Publicada neste livro (p. 309-312).

2 FREITAS, Vladimir Passos de. O risco de o ativismo judicial ultrapassar os limites da linha divisória. *Revista Consultor Jurídico*, 19.9.2022.

É importante notar que foi no âmbito do Direito Financeiro que essa questão se intensificou de forma mais aguda, quando as ações voltadas ao fornecimento de medicamentos começaram a se disseminar e representar parcela importante dos gastos públicos, que passaram a ser determinados por decisões judiciais, à margem do processo orçamentário, forçando a utilização dos instrumentos de flexibilidade para cumpri-las.

Recentemente, algumas decisões importantes no âmbito do Direito Financeiro voltaram a chamar a atenção para a questão e trazer a polêmica de volta à agenda. Mostram que o tema não poderá deixar de ser debatido em busca de soluções que permitam melhor delimitar o funcionamento equilibrado dos poderes e construir limites mais claros para a abrangência de sua atuação, evitando atritos que pouco colaboram para a harmonia em nosso Estado Democrático de Direito, como exige o art. 2º da Constituição.

Falamos das recentes decisões da Suprema Corte sobre as dívidas dos Estados e sobre o piso nacional da enfermagem.

O caso mais recente e que mais chamou a atenção refere-se à discussão sobre o “piso da enfermagem”, em que a questão controvertida se deu em torno da Lei 14.434/2022, que instituiu o piso salarial nacional do Enfermeiro e outros profissionais da área, respaldada na Emenda Constitucional 124/2022.

As normas tiveram sua constitucionalidade submetida a julgamento na ADI 7.222, ainda em curso, tendo sido concedida a liminar pelo Min. Luís Roberto Barroso, referendada por maioria de votos³.

A Lei 14.434, de 4.8.2022, fixou o piso salarial nacional de categorias profissionais na área da enfermagem, aplicáveis desde logo aos contratados pelo regime da CLT e pelo regime dos servidores públicos, cumprindo determinação do art. 198, §§ 12 e 13, da Constituição, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 124, de 14.7.2022.

A imposição de despesa em caráter imediato ao setor privado e às pessoas jurídicas de direito público gera efetivamente dificuldades em relação ao seu cumprimento, uma vez que os orçamentos das administrações

3 “STF referenda liminar que suspendeu piso salarial da enfermagem”. *Notícias STF*, 16.9.2022, atualizada em 19.9.2022.

públicas já estão aprovados e em plena execução. Para o setor privado que mantém contratos com o setor público, o que é bastante frequente na área da saúde, impõe uma despesa extra imprevista e altera o equilíbrio econômico-financeiro do contrato celebrado, o que pode vir a impactar também no setor público, em razão de eventual e possível revisão.

Vê-se haver nesse caso também, à semelhança das questões relacionadas às finanças dos entes subnacionais, anteriormente mencionadas, dificuldades em cumprir a legislação aprovada, e bons argumentos para questionar a obrigação imposta, o que fomenta o debate no âmbito do Direito Financeiro.

A organização e a logicidade do sistema de planejamento orçamentário e gestão fiscal responsável não permitem a criação de despesas obrigatórias de caráter continuado sem a respectiva fonte de receita, estimativa de impacto orçamentário e inserção tempestiva nas normas de planejamento orçamentário.

Trata-se, no entanto, de norma que cumpre determinação constitucional, o que leva a discussão para analisar, no mérito da decisão, eventual violação de cláusulas pétreas.

Foram utilizados argumentos de natureza factual e consequencialista, como a provável incapacidade financeira de muitos entes federados em suportar as novas despesas e possível risco à empregabilidade dos profissionais da enfermagem, além da redução na oferta de leitos e serviços hospitalares⁴. Argumentos que sustentam até mesmo a violação ao princípio federativo. A possibilidade de “eventuais efeitos perversos” que a lei “pode produzir na prática” ante o “evidente estado de penúria pela qual atravessam alguns Estados e Municípios brasileiros” fundamentam a violação à autonomia dos entes federados, atingindo o princípio federativo⁵.

São argumentos que deixam dúvidas e geram incertezas sobre a atuação do Poder Judiciário nas circunstâncias que integram a liberdade de escolha política do legislador, como observado no voto divergente do Min. André Mendonça, ao avaliar a conveniência da concessão da medida cautelar:

4 ADI 7.222, voto do relator, Min. Luís Roberto Barroso, especialmente itens 27, 28, 32, 33, 34 e 38. Voto do Min. Gilmar Mendes, especialmente item 2.

5 ADI 7.222, voto do Min. Gilmar Mendes, item 2.

Nessa perspectiva, *o cuidado em preservar, tanto quanto possível, as escolhas legitimamente feitas pelos Poderes democraticamente eleitos, dentro do espaço de conformação legislativa outorgado pelo Constituinte Originário, ao desenharem determinada política pública, com o inevitável sopesamento entre os valores constitucionais em disputa, deve nortear a atuação da Corte Constitucional* – não apenas quando do julgamento mais percuciente e aprofundado do próprio mérito da demanda, mas – *com ainda mais ênfase e rigor por ocasião da apreciação das medidas cautelares* (destaques do original)⁶.

De modo semelhante, na análise de várias decisões recentes que envolvem finanças de entes subnacionais, pode-se observar a preocupação com as consequências financeiras como fundamento de decidir, reforçando a preocupação com a cada vez mais tênue linha divisória entre o que está no âmbito da competência do gestor ou do legislador, e até onde cabe ao Poder Judiciário interferir.

Na ACO 3594/MG, foi concedida medida de tutela de urgência para determinar a compensação de parcelas vincendas de contratos de dívidas do Estado de Minas Gerais com as perdas relacionadas ao ICMS, em razão da entrada em vigor das Leis Complementares 192 e 194/2022, além da determinação de abstenção de inscrever o Estado em cadastros de inadimplência.

Em face da implementação das medidas determinadas na legislação, muitos Estados ficaram sujeitos à redução na arrecadação do ICMS, o que poderia levar à “deterioração das receitas dos entes subnacionais a médio e longo prazos”, sendo esse um dos argumentos para justificar a “propensão a abalar o pacto federativo”⁷.

Decisões semelhantes foram tomadas em favor dos Estados do Maranhão (ACO 3.586/MA, Min. Alexandre de Moraes), Alagoas (ACO 3587/AL, rel. Min. Luís Roberto Barroso), Piauí (ACO 3591/PI, rel. Min. Alexandre de Moraes) e São Paulo (ACO 3590/SP, rel. Min. Alexandre de Moraes), utilizando-se também de argumentos relacionados ao prejuízo às finanças públicas dos entes envolvidos.

6 ADI 7.222, voto do Min. André Mendonça, item 11.

7 ACO 3594 MC/MG, voto do rel. Min. Gilmar Mendes.

Em todos os casos, está-se diante de questões complexas, cada uma delas exigindo análise cuidadosa, como se pode constatar pelo teor das próprias decisões tomadas, o que evidentemente impede um aprofundamento neste curto espaço.

Mas são importantes no sentido de chamar a atenção para a necessidade de dar mais atenção ao tema. Um alerta aos estudiosos para se aprofundarem no tema, e aos operadores do Direito para refletirem a cada ato praticado. Como ressaltou Vladimir Freitas no já citado texto, “os limites por vezes pouco claros entre o certo e o errado devem ser melhor analisados”. E acrescento também que a organização do Estado prevê órgãos que têm funções a cumprir, e a Constituição lhes dá os contornos e fixa os limites de sua atuação. Respeitá-los é fundamental. Ultrapassá-los em nada colabora para a harmonia entre os poderes preconizada no art. 2º da Constituição.

O acesso à Justiça é um direito fundamental, está no art. 5º, cláusula pétrea, nem se discute isso. O princípio da separação de poderes também é. A linha tênue que separa a abrangência das decisões judiciais e a possibilidade de interferir em questões de gestão pública, sob comando dos poderes executivos dos diversos entes da federação, está se mostrando pouco nítida, e a ultrapassagem desse limite não é saudável para o Estado de Direito. O mesmo se pode dizer em relação às leis que cabe aos poderes legislativos aprovarem. Os estudiosos e operadores do Direito estão cada vez mais sendo chamados a buscar uma solução para essa questão e evitar fissuras que possam abalar a estrutura que dá sustentação ao Estado Democrático de Direito.

